



НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ІМ. В. М. КОРЕЦЬКОГО
РАДА МОЛОДИХ ВЧЕНИХ

ПРАВОВА РЕФОРМА: концепція, мета, впровадження

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

VIII

МІЖНАРОДНА НАУКОВО-
ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ

23 листопада 2017 р.
КИЇВ



ДО 85-РІЧЧЯ
АКАДЕМІКА НАІПрН УКРАЇНИ

ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

(1932-2017)

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ім. В. М. КОРЕЦЬКОГО
РАДА МОЛОДИХ ВЧЕНИХ

*Приватне право від давньоримських часів є породженням
вільного економічного розвитку, який неминуче вимагав звільнення
особистості від всіляких пут, вимагав свободи власності, свободи договорів,
заповітів, свободи волі при укладенні правочинів.*

Ярославна Шевченко

ПРАВОВА РЕФОРМА: концепція, мета, впровадження

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Матеріали

**VIII Міжнародної науково-практичної конференції
(Київ, 23 листопада 2017 року)**

До 85-річчя професора

**Ярославни
ШЕВЧЕНКО
(1932-2017)**

Київ
Ніка-Центр
2017



Цей збірник виданий за меценатської підтримки
ТОВ «Онур Конструкціон Інтернешнл»



Правова реформа: концепція, мета, впровадження. Зб. наук. праць.
П68 Матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 23 лист. 2017 р.) / за заг.
ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила. — Київ : Ніка-Центр, 2017. —
486 с.

ISBN 978-966-7067-26-7

У збірнику вміщено тексти наукових доповідей та повідомлень, присвячених актуальним теоретичним та практичним проблемам права. Правова реформа розглядається з позиції теорії права, а також через призму галузевих наук. Відображено окремі аспекти реформування українського законодавства у контексті євроінтеграції України. Окремо розміщено статті-дослідження біографії та наукової спадщини провідного вченого юриста, професора Ярослави Шевченко (1932-2017), публікується її бібліографія, вибрані праці, список опублікованих праць та ін.

УДК 340

Матеріали друкуються в авторській редакції.

Дизайн обкладинки: О. Разухін
Фото на обкладинці: «Професор Ярослава Шевченко (Київ)»

ЗМІСТ

P R A E F A T I O	3
--------------------------------	---

ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА НАПРН УКРАЇНИ ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

Олеся Молявко ШЕВЧЕНКО ЯРОСЛАВНА МИКОЛАЇВНА (1933–2017).....	13
Михайло Шумило ПРОФЕСОР ЯРОСЛАВНА ШЕВЧЕНКО ТА ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ім. В.М. КОРЕЦЬКОГО НАН УКРАЇНИ: 50 РОКІВ РАЗОМ	17
Інна Севрюкова ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ НАУКОВИХ ПРАЦЬ ПРОФЕСОРА Я.М. ШЕВЧЕНКО	19
Ірина Проценко ПИТАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В ЗАКОНІ УКРАЇНИ «ПРО МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО», В КОНТЕКСТІ НАУКОВОЇ СПАДЩИНИ ПРОФЕСОРА Я. М. ШЕВЧЕНКО	23

ВИБРАНІ ПРАЦІ ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

ПОНЯТТЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА ЯК ЯДРА ПРАВОПОРЯДКУ, ЗАСНОВАНОГО НА РИНКОВІЙ ОРГАНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ (упорядник Роман Неколяк).....	27
МІСЦЕ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ (упорядник Роман Неколяк).....	31
ЗМІСТ ЕВОЛЮЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ПРОБЛЕМА УТВЕРДЖЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ (упорядники Вікторія Улиганець, Альона Бурка).....	46
ПРАВО ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ (упорядник Ксенія Рогожа).....	64
ПОНЯТТЯ ЗАХИСТУ І ОХОРОНИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ (упорядник Вікторія Улиганець).....	70
РОЛЬ І ЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В СУСПІЛЬСТВІ (упорядник Альона Соловей).....	88
ЦІННІСНІ ВИМІРИ ПРАВА ЯК ФЕНОМЕНА, РЕГУЛЮЮЧОГО ПОВЕДІНКУ ЛЮДИНИ (упорядник Роман Неколяк)	101
ПОНЯТТЯ СІМ'Ї ТА СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СІМЕЙНОМУ ТА ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ (упорядники Вікторія Улиганець, Тетяна Абібулаєва).....	104

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ПРОФЕСОРА ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО (упорядник Вікторія Улиганець)	110
ПРАВОВА РЕФОРМА: КОНЦЕПЦІЯ, МЕТА, ВПРОВАДЖЕННЯ	
mgr Bartosz Armknecht IMPLEMENTATION OF «FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION» (FIFA) REGULATIONS BY NATIONAL FOOTBALL SPORTS ASSOCIATIONS. A THEORETICAL AND LEGAL OUTLINE / ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ РЕГЛАМЕНТІВ МІЖНАРОДНОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ФУТБОЛУ (ФІФА) НАЦІОНАЛЬНИМИ ФУТБОЛЬНИМИ СПОРТИВНИМИ СПІЛКАМИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ НАРИС ..	130
Анатолій Бабаскін ПРО НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОСТРОКОВОГО ПОВЕРНЕННЯ КРЕДИТУ ПОЗИЧАЛЬНИКОМ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ	133
Ірина Басова ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ТРУДОВИХ ПРАВ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИМИ ОСОБАМИ.....	137
Мирослава Білак ДОКАЗУВАННЯ ЯК ВАЖЛИВИЙ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНИЙ СТАНДАРТ	140
Алеся Блажко ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПОВЫШЕНИЯ ПЕНСИОННОГО ВОЗРАСТА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ.....	143
Ірина Богдан ПРАВОВІ ПИТАННЯ ОБ'ЄКТИВІЗАЦІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ПРАЦЮ	147
Eduard Boisteanu, Iulia Drumea SOME REFLECTIONS ON THE PROCEDURE OF DRAWING THE EMPLOYEE TO DISCIPLINARY LIABILITY IN THE LIGHT OF THE LABOR CODE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA / ДЕЯКІ РОЗДУМИ ЩОДО ПРОЦЕДУРИ ПРИТЯГНЕННЯ ПРАЦІВНИКА ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КРИЗЬ ПРИЗМУ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ РЕСПУБЛІКИ МОЛДОВА.....	150
Анастасія Бойко МОЛОДІЖНЕ БЕЗРОБІТТЯ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ.....	154
Катерина Бондарева СПЕЦИФІКА ФУНКЦІОНУВАННЯ І РОЗВИТКУ ПРАВА В ПОЛІТИЧНИХ РЕЖИМАХ ТОТАЛІТАРНОГО ТИПУ	157
Марина Бондаренко ПРО ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 321 КК УКРАЇНИ	160
Катерина Бориченко ПРАВО НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ У СИСТЕМІ СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ	164
Володимир Бурак ПЕНСІЙНА РЕФОРМА ПРО ВИПЛАТИ ОСОБАМ, ЯКІ НЕ МАЮТЬ ПРАВА НА ПЕНСІЮ	167

Альона Бурка ПРАВО ОСІБ, ЯКІ ПОСТРАЖДАЛИ ВНАСЛІДОК НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ НА ВИРОБНИЦТВІ ЧИ ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ НА РЕАБІЛІТАЦІЮ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ.....	171
В'ячеслав Васецький ДЕЯКИ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ.....	175
Сергій Венедіктов ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ РОЗГЛЯДУ ТРУДОВИХ СПОРІВ У СПОЛУЧЕНИХ ШТАТАХ АМЕРИКИ	178
Марина Венецька ЦИВІЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ НАН УКРАЇНИ ЯК ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА	182
Світлана Вишневецька, Андрій Вишневецький ДИФЕРЕНЦІЙОВАНИЙ ПІДХІД ДО ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ МОЛОДІ В КОНТЕКСТІ ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ	187
Кирило Воронов СУЧАСНА ПРАКТИКА ПРОВІДНИХ АРБИТРАЖНИХ ЮРИСДИКЦІЙ З ПРИВОДУ ВСТАНОВЛЕННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ АРБИТРАЖНОГО ТРИБУНАЛУ.....	190
Наталія Воротіна ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЯ БЮДЖЕТНОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ ЯК ВАЖЛИВА СКЛАДОВА ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ У ДЕРЖАВІ.....	192
Людмила Гарашенко МОДЕЛЬ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН: НОВІ ВИКЛИКИ	196
Денис Гончар МІСЦЕ ПРАВА НА ЮРИДИЧНУ ДОПОМОГУ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА.....	199
Олена Гостюк ДО ПИТАННЯ ПРО ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ	201
Петро Гуйван ДОБРА СОВІСТЬ ЗАВОЛОДІЛЬЦЯ – VONA FIDES – ЯК ПЕРЕДУМОВА НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ.....	204
Ганна Гулевська ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ БІЗНЕСУ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....	209
Анна Гурова КОСМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ОБ'ЄКТ ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ	213
Тетяна Демченко ДО ПИТАННЯ ПРО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПАТРОНАТНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ	216
Аль-Шару Джихад ПРОЦЕДУРИ ДЕЯТЕЛЬНОСТІ КОМИТЕТА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА.....	219
Пилип Демченко ПРАВОВІ ОСНОВИ КІБЕРНЕТИЧНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК ГАРАНТІЇ БЕЗПЕКИ ВИБОРЧОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ.....	221
Віталій Дудін ГНУЧКІ ФОРМИ ЗАЙНЯТОСТІ У ПРОЕКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	225

mgr Karol Zakrzewski IMPLEMENTACJA PRAWA UNIJNEGO DO POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO, JAKO PRZYKŁAD REFORMY PRAWA / ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ПРАВА ЄС ДО ПРАВОПОРЯДКУ ПОЛЬЩІ ЯК ПРИКЛАД ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ...229	
Сергей Калинин ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ	233
Елена Касьянова ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА ГРАЖДАН УКРАИНЫ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ	237
Олена Кізлова СУБ'ЄКТИ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ЄСПЛ.....	240
Світлана Клімова ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУР ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ.....	244
Ганна Колісникова ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ У ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ	247
Ирина Комоцкая ВОПРОСЫ ПЕНСИОННОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГРАЖДАН УКРАИНЫ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ.....	249
Artur Krakala REFORM OF EMPLOYMENT SYSTEM OF OREIGNERS IN POLAND / РЕФОРМА СИСТЕМИ ЗАНЯТОСТІ ІНОЗЕМЦІВ У ПОЛЬЩІ.....	252
Олег Кужелев СУБ'ЄКТИ НАДАННЯ ПРАВОВИХ ПОСЛУГ	256
Iryna Lagutina THE RIGHT TO EQUAL PAY FOR EQUAL WORK WITHOUT DISCRIMINATION	260
Анна Ландіна ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПЕЦІАЛЬНОГО СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	262
Юлія Локшина ЗАГАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ТОРГІВЛІ У ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....	265
Ирина Любавська НОВЕЛИ ІНСТИТУТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ	268
Лариса Макаренко КУЛЬТУРА ЯК БАГАТОМАНІТНІСТЬ СОЦІАЛЬНОГО СВІТУ	271
Данило Макарчук ШОДО НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВOPOPУШЕННЯ В КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ.....	276
Алексей Маскуров КООРДИНАЦИОННЫЕ НОРМЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ БЕЛЬГИИ	279
Татьяна Михайлов ОТЛИЧИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ОТ СМЕЖНЫХ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ О ТРУДЕ.....	283

Ірина Михайлова ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО СПІВПРАЦЮ В ГАЛУЗІ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА РЕСПУБЛІКОЮ БІЛОРУСЬ.....	286
Ірина Міма ХРИСТИЯНСЬКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ	288
Олеся Молявко ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ПРЕДСТАВЛЕННЯ ПРИ СПАДКУВАННІ	292
Мирослава Муляр ЩОДО ГАРМОНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУВАННЯ З ПРАВОМ ЄС.....	294
Роман Неколяк ПРОЕКТ ДЕРЖБЮДЖЕТУ НА 2018 РІК ТА НАУКА	297
Армен Нерсисян ДЕПУТАТСЬКА НЕДОТОРКАНИСТЬ ТА НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ.....	300
Анастасія Нерсисян ПАТЕНТУВАННЯ БІОТЕХНОЛОГІЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЄС	304
Dr. Jarosław Niesiołowski REWOLUCJA I REFORMA W PRAWIE – SYGNALIZACJA PROBLEMÓW / РЕВОЛЮЦІЯ І РЕФОРМА В ПРАВІ – СИГНАЛІЗАЦІЯ ПРОБЛЕМ.....	307
Людмила Ніколенко ДОСЯГНЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОЧИНСТВА В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ.....	310
Денис Новіков ОРТОДОКСАЛЬНІСТЬ ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНА СКЛАДОВА ДОКТРИНИ ТРУДОВОГО ПРАВА.....	313
Владислав Новіцький РЕФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА В УКРАЇНІ	316
Наталія Опіщенко ГЕНДЕРНІ ВІДНОСИНИ В ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СВІТУ: КОНТЕКСТ СЬОГОДЕННЯ.....	319
Олеся Отраднава «ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ» ЯК НАПРЯМ РЕФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОГО ДЕЛІКТНОГО ПРАВА	323
Олег Панасюк МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА.....	326
Наталія Пархоменко КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ (ОКРЕМІ АСПЕКТИ).....	329
Віда Петрилайте ПИТАННЯ ПРАВАЗАСТОСУВАННЯ В СИСТЕМІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ЛИТВИ	333
Оксана Пономаренко УНИФІКАЦІЯ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СЕМЕЙНИХ ДОГОВОРІВ О ПРЕДОСТАВЛЕННІ СОДЕРЖАННЯ В УСЛОВІЯХ РЕФОРМИ СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	338

Олег Простибоженко «ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПОДРУЖЖЯ ЯК СПІЛЬНОТИ»: ІДЕЯ ТА ПІДХОДИ ДО ЗМІСТОВНОГО НАПОВНЕННЯ	341
Александра Пузырёва О НЕКОТОРЫХ ТЕНДЕНЦИЯХ РАЗВИТИЯ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЧАСТНОПРАВОВЫХ КОНСТРУКЦИЙ.....	345
Алла Радзівілл ВПРОВАДЖЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНЦЕПЦІЇ ЗАБОРОНИ НЕНАЛЕЖНОГО ПОВОДЖЕННЯ З ЛЮДИНОЮ У ВНУТРІШНЄ ПРАВО УКРАЇНИ. ЗАБОРОНА КАТУВАНЬ	348
Олег Радченко ПЕНСІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ З ЧИСЛА ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ (УЧАСНИКІВ АТО).....	350
Олена Рим СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ	353
Людмила Русаль СТРУКТУРА ІНСТИТУТУ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ	356
Сергій Сільченко ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПЕНСІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН ПІД ЧАС ЧЕРГОВОГО ЕТАПУ ПЕНСІЙНОЇ РЕФОРМИ	359
Яна Сімутіна РЕФОРМА ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ	362
Дмитро Сіренко СУТНІСТЬ ТА ПОНЯТТЯ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ АДМІНІСТРАТИВНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОРУПЦІЄЮ	364
Максим Скітейкін ЗАПОБІГАННЯ РОЗПОВСЮДЖЕННЮ ТВОРІВ, ЩО ПРОПАГУЮТЬ КУЛЬТ НАСИЛЬСТВА І ЖОРСТОКОСТІ, РАСОВУ, НАЦІОНАЛЬНУ ЧИ РЕЛІГІЙНУ НЕТЕРПИМІСТЬ ТА ДИСКРИМІНАЦІЮ ЯК ОДИН ІЗ АСПЕКТІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ.....	368
Євгеній Соломатін ПРОБЛЕМИ ПІДСЛІДНОСТІ ОРГАНІВ БЕЗПЕКИ.....	371
Оксана Стасів ТРУДОВІ ВІДНОСИНИ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	373
Сергійч Сунегін ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО: ЧИННИКИ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ.....	376
Володимир Сухонос ПРАВОВА РЕФОРМА ЯК ШЛЯХ ПОДОЛАННЯ КОРУПЦІЇ ТА БЮРОКРАТИЗМУ: ЮРИСДИКЦІЙНИЙ ТА ТЕХНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТИ	380
Gaabriel Tavits REFORM OF SOCIAL SECURITY LAW: WHY DO WE NEED GENERAL PART IN SOCIAL SECURITY LEGISLATION? / РЕФОРМА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ: ЧОМУ НАМ ПОТРІБНА ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА СОЦІАЛЬНО-ЗАХИСНОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	384

Тетяна Тарахонич ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ ЯК ОДИН ІЗ НАПРЯМІВ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ	388
Дмитрий Тис ПЕНСИЯ КАК ОБЪЕКТ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ГОСУДАРСТВЕННОМУ ПЕНСИОННОМУ СТРАХОВАНИЮ.....	390
Кирилл Томашевский ПОНЯТИЕ И ВИДЫ КОЛЛИЗИЙ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ	393
Тарас Третяк ПРОЦЕДУРА ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ ЯК ЗАСІБ ВСТАВНОВЛЕННЯ ПРАВИЛ ДОБРОСУСІДСТВА В УКРАЇНІ	396
Галина Трунова ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ ВІД НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ НА ВИРОБНИЦТВІ ТА ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ В УКРАЇНІ	399
Євгенія Тупицька ЩОДО ПОНЯТТЯ ГРОШОВОГО БОРГУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ.....	403
Вікторія Улиганець ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ КОМІСІЇ З ПОСЕРЕДНИЦТВА, ПРИМИРЕННЯ ТА АРБІТРАЖУ ОРГАНІЗАЦІЇ АФРИКАНСЬКОЇ ЄДНОСТІ	406
Олег Халабуденко РЕФОРМА ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА: НЕКОТОРЫЕ КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ В ОТНОШЕНИИ ОБЩЕЙ ЧАСТИ И ПРАВА ЛИЦ	409
Роксолана Ханик-Посполітак ЮРИСДИКЦІЇ СУДІВ В УКРАЇНІ: РЕАЛЬНА РЕФОРМА ЧИ КОНСЕРВАЦІЯ СИТУАЦІЇ	412
Татевік Харатян ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА СУМІЖНИХ ІЗ НИМ ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ІНТЕНСИФІКАЦІЇ БІОТЕХНОЛОГІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	415
Ольга Храбатин ОХОРОНА ПРАЦІ ЯК НЕВІД'ЄМНА СКЛАДОВА КОЛЕКТИВНОГО ДОГОВОРУ.....	419
Анастасія Чайковська ПРАВОВА РЕФОРМА В АСПЕКТІ УДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМІВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОПЕРЕДЖЕННЯ ТА ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ КОНФЛІКТІВ	422
Галія Чанишева, Рашид Чанишев ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБМІНУ ІНФОРМАЦІЄЮ МІЖ СТОРОНАМИ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СФЕРІ ПРАЦІ.....	425
Ольга Черновол ПОНЯТТЯ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ОБОВ'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА.....	428
Євгенія Черняк НОВЕЛІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ ЯК ЗАСІБ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ.....	431

Олена Чорна НАДМІРНО ТРИВАЛЕ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ПОТРЕБУЄ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ	435
Людмила Чулінда ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ	438
Тетяна Чурилова МЕДІАЦІЯ ЯК СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ	442
Тетяна Юзько ДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ПРАЦІВНИКА І ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЖИТТЯ.....	446
Роман Шабанов МІСЦЕ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У ДОКТРИНІ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ	449
Олексій Шевчук КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ.....	451
Алла Ширант ТРУДОВІ СПОРИ – НЕДОЦІЛЬНІСТЬ ЗМАГАЛЬНОСТІ.....	454
Bartosz Szolc-Nartowski TREBACJUSZ OSAMOTNIONY. MIĘDZY ELASTYCZNOŚCIĄ ROZWIĄZAŃ A LEGALIZMEM / ГАЙ ТРЕБАТИС НА САМОТІ. МІЖ ГНУЧКІСТЮ РІШЕНЬ ТА ЗАКОННІСТЮ	457
Вікторія Шпіляревич КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ БЕЗПЕКИ В СИСТЕМІ ЗАХОДІВ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ.....	462
Михайло Шумило ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПОСАДОВИХ ОСІБ УПРАВЛІНЬ ПЕНСІЙНОГО ФОНДУ ЯК ЗАПОРУКА ЯКОСТІ НАДАННЯ ПОСЛУГ.....	466
mgr Danuta Szczepaniak PRZESŁUCHANIE DZIECKA W SPRAWACH O PRZESTĘPSTWA PRZECIWKO WOLNOŚCI SEKSUALNEJ – WYBRANE ASPEKTY / ДОПИТ ДИТИНИ У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СЕКСУАЛЬНОЇ СВОБОДИ – ОКРЕМІ АСПЕКТИ	470
Ольга Явор ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ШЛЮБУ: ІННОВАЦІЙНІ ПІДХОДИ ЗА СІМЕЙНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ	472
Ігор Яценко ДЕЯКІ ПИТАННЯ МЕТОДОЛОГІЇ ІСТОРИКО-ПРАВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ІДЕЙНО-ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ПОДІЛУ ВЛАДИ	475
Александр Бурлак САМОЗАНЯТОСТЬ И ПЕНСИОННОЕ ПЛАНИРОВАНИЕ	479
Світлана Синчук ЩОДО ПРОБЛЕМИ ПЕРЕРАХУНКУ ПЕНСІЙ ЗА ВІКОМ ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗАГАЛЬНООБОВ’ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ ПЕНСІЙНЕ СТРАХУВАННЯ».....	482

П Р А Е Ф А Т І О

Високоповажні учасники VIII Міжнародної науково-практичної конференції «ПРАВОВА РЕФОРМА: концепція, мета, впровадження», Організаційний комітет висловлює свою щирю вдячність за те, що Ви знайшли можливість і долучилися до наукової співпраці в межах конференції.

Традиційно, восени, на Володимирській гірці у Києві, в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, проводиться наукова зустріч українських та іноземних вчених-правників, представників різних галузей права для обговорення актуальних тем сьогодення, перспектив розвитку, а також висвітлення невідомих сторінок українського державо- та правотворення минувшини. Організатором цього дискусійного майданчику є Рада молодих вчених Інституту. Метою нашої конференції є не тільки підведення підсумків новочасних наукових пошуків, але і бажання відродити славні традиції наукового спілкування, знайомства молодих науковців із відомими вченими для подальшої співпраці.

Кожного року конференція присвячується одному із вчених, який зробив значний внесок у розвиток правничої науки. Цьогоріч – це доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України Ярославна Шевченко, шанований науковець, знаний не тільки в Україні, але й за її межами, провідний фахівець з цивільного та сімейного права, відомий теоретик приватного права.

Сумуємо, що влітку 2017 року, Ярославна Миколаївна відійшла у вічність, тихо, без пафосу та голосних прощань, найкрасномовніше за неї завжди говорили наукові праці, які будуть жити вічно.

Наша конференція є невеликим кроком до короткочасного повернення постаті Ярославни Миколаївни Шевченко в стіни Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, де вона вірою і правдою несла вогнище науки 50 років, згадкою про її життя, професійні досягнення та наукову, незламну та безапеляційну позицію на ключові питання приватного права, від яких вчена не відійшла ніколи.

Вже стало доброю традицією включати до збірника, окрім статей-розвідок щодо біографії чи аналізу наукових доробків вчених, яким присвячується конференція, також їх вибрані праці та бібліографію. Цього року були відібрані кілька статей з теорії цивільного права, в яких простежуються наукові погляди відомої вченої, про поняття приватного права як ядра правопорядку, місце цивільного права в системі права України, права приватної власності в Україні, ціннісні виміри права. Републіковані також розділи колективних монографій

P R A E F A T I O

професора Ярославни Шевченко, які окремо ніколи не публікувалися і не відомі широкому загалу вчених, а саме: «Зміст еволюції цивільного законодавства і проблема утворення цивільного права в українському суспільстві», «Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України», «Роль і значення суб'єктів цивільного права в суспільстві», «Поняття сім'ї та сімейних правовідносин у сімейному та цивільному праві України».

Окремо хочеться подякувати аспірантам Інституту, що долучилися до упорядкування вибраних наукових праць та бібліографії, серед яких: Вікторія Улиганець, Роман Неколяк, Альона Бурка, Ксенія Рогожа, Альона Соловей, Тетяна Абібулаєва.

Організаційний комітет вдячний кожному учасникові конференції та авторів тез, які включені до цього збірника, усім, хто допомагав та сприяв в організації нашого чудового заходу. Ваша зацікавленість допомогла втілити в життя ще один амбітний і багатогранний науковий проект. Згадати відомого вченого-цивіліста, дати друге життя його окремим працям, і, звісно ж, обговорити теоретичні та практичні проблеми правової реформи загалом та кожній галузі права зокрема.

*Михайло Шумило,
Голова Ради молодих вчених Інституту,
доктор юридичних наук*

ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА НАПрН УКРАЇНИ ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

Олеся Молякко,
к.ю.н., науковий співробітник
відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України
(м.Київ)

ШЕВЧЕНКО ЯРОСЛАВНА МИКОЛАЇВНА **(1933–2017)**

Шевченко Ярослава Миколаївна народилася 22 жовтня 1932 року у місті Києві. Батько – Черниш Микола Лукич, службовець. Мати – Черниш (Кохічко – до шлюбу) Олена Логвинівна – присвятила своє життя родині.

Школу Шевченко Я.М. закінчила із срібною медаллю у 1950 році. Тоді ж вступила на юридичний факультет Київського державного університету (на даний час – Київський національний університет імені Тараса Шевченка). Навчалася в університеті із завзяттям – мала виключно найвищі оцінки, займалась студентською науковою роботою, брала участь у громадському житті факультету.

Після закінчення університету – у 1955 році – працювала за фахом на підприємствах. Оскільки університет закінчила з відзнакою, не полишала мрії пов'язати свою долю з науковою діяльністю. У 1959 році вступила до аспірантури на кафедру цивільного права юридично-економічного факультету Університету.

Як на виробництві, так і під час навчання в аспірантурі та, власне, і в подальшому, – Шевченко Я.М. брала активну участь у громадській діяльності. Так, протягом значного часу була редактором факультетської, а потім – інститутської фахової газети, відповідала за шефство над дитячою колонією, була секретарем лекторського бюро відділення товариства факультету з поширення наукових знань.

Роботу на дисертаційним дослідженням Шевченко Я.М. виконувала у колективі видатних цивілістів – Матвеева Г.К., Ландкофа С.Н., Індиченка П.Д. Захист, який відбувся у 1964 році пройшов успішно і тема дослідження – «Відповідальність за шкоду, заподіяну дітьми» залишився предметом її інтересу на все життя.

У 1963 році Шевченко Я.М. за конкурсом обійняла посаду молодшого наукового співробітника Сектора держави і права Академії наук з спеціальності цивільне право у Відділі вивчення причин і розробці заходів попередження злочинності.

У цей період вона продовжує активну наукову та громадську роботу, багато публікується. Нею оприлюднено понад 30 робіт, присвячених проблемам відповідальності неповнолітніх. Крім наукових, нею проводились також соціологічні дослідження. Також вона була членом робочої комісії з розробки проекту Кодексу про шлюб та сім'ю (1965-1969 роки), який був прийнятий Законом від 20.06.1969. За цю роботу була відзначена грамотою Юридичної комісії при Раді Міністрів. Згодом склала проект Постанови Пленуму Верховного Суду, який значний час послуговувався керівним матеріалом для правозастосування з питань шлюбу та сім'ї.

1968 року опублікована монографія Шевченко Я.М. «Гражданско-правовое положение несовершеннолетних», яка була відзначена позитивним відгуком у французькому журналі «Revue international de droit compare».

Я.М. Шевченко володіла польською мовою та публікувалася у Польщі. Відомо, що 1969 року у Варшаві опублікована її стаття про майнову відповідальність неповнолітніх (обсяг 1,5 авторських аркушів).

У 1972 році брала участь у міжнародному конгресі у Франції. Тема конгресу: «Кримінально-правові заходи охорони жінок та молоді і їх трансплантація у соціальні заходи». Вона достойно представляла країну на цьому представницькому заході, поширювала інформацію щодо наукової роботи, яка здійснювалася у цьому напрямку в межах наукових досліджень національної академії наук.

Також у цей період Шевченко Я.М. брала участь у роботі над Конвенцією про права дитини, що свідчить про її високий науковий авторитет та відповідний багаж знань.

До її професійних здобутків цього часу також відноситься робота над цивільним процесуальним кодексом; Постановами пленумів Верховного Суду «Про практику судів по вирішенню у цивільному процесі цивільних позовів про відшкодування шкоди, спричиненої злочином та з безпідставного збагачення», а також «Про судові рішення».

У 1982 році Шевченко Я.М. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук «Теоретичні проблеми правового регулювання цивільної відповідальності неповнолітніх за правопорушення». Публічний захист пройшов блискуче – пошуковувач вже була відомим фахівцем і її виступи привертали увагу наукової громадськості.

Цього ж року Я.М. Шевченко отримала ювілейну нагороду – медаль «На честь 1500-ліття Києва», чим відзначені її наукові досягнення як знаної вченої та громадського діяча.

У 1983 році вона підготувала доповідь від імені України про виконання

Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації відносно жінок, яку представляла на засіданні 2-ої сесії Комітету з ліквідації дискримінації жінок ООН в Нью-Йорку. Доповідь була зроблена англійською мовою, викликала значний інтерес, доповідач відповідала на запитання, давала публічні інтерв'ю, прес-конференцію. Ця подія була відзначена у вітчизняній пресі.

До цього ж періоду відноситься спільна з Светловим А.Я. робота над Висновком з правових аспектів проблем штучної інсемінації, що поклало початок правового врегулювання в Україні штучного запліднення та сурогатного материнства.

Шевченко Я.М. залучалась консультантом Президії Верховної Ради, членом науково-консультативної ради Верховного Суду, головою секції науково-координаційної ради «Закономірності розвитку держави, управління та права» Академії наук, членом спеціалізованої вченої ради по захисту кандидатських і докторських дисертацій, членом правової колегії Вищої атестаційної комісії України.

У 1986 році вона представляла Україну на юридичному симпозиумі Конституційні принципи рівності чоловіків і жінок в Японії (Токіо).

З 1989 року Шевченко Я.М. очолює відділ проблем цивільного та трудового права Інституту держави та права. Це період розбудови національного законодавства України і наукові дослідження набувають особливої актуальності. Відділ під її керівництвом працює над розробкою концепції розвитку юридичного забезпечення прав особи, що включає у себе дослідження питань власності, охорони усього спектру конституційних прав громадян, розробляються проблеми сімейного права.

Я.М. Шевченко була академіком Академії правових наук.

Указом Президента України Шевченко Ярославні Миколаївні присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки (диплом №362 від 12.03.1993 р.).

Протягом 1993-1995 років була членом робочої групи по підготовці проєктів Цивільного та Сімейного кодексів України. Вона дуже пишалася своєю участю у цій роботі та надавала їй особливого значення. В розвиток цього напрямку діяльності брала участь у розвитку цивільного та сімейного законодавства шляхом розробки законопроєктів, узагальнення практики застосування законодавства. Вона брала участь у розробці понад 80 законодавчих актів.

У цей період під редакцією Я.М. Шевченко авторським колективом відділу опубліковано ряд монографій та підручників – Розвиток цивільного і трудового законодавства в Україні (1999). У 2000 році удостоєна премії Президії Національної Академії Наук України імені М.П. Василенка за цикл наукових праць «Проблеми розвитку цивільного і трудового права в умовах формування ринкової економіки».

До значних наукових та популярних праць також відносяться наступні – Договір у цивільному і трудовому праві – 2000 рік; Цивільне право. Академічний курс (2003 та 2006 рік); коментар Цивільного кодексу України – 2004 рік;

«Актуальні проблеми цивільного права і цивільного процесу в Україні» (2005 рік); «Еволюція цивільного законодавства України» (2007 рік); «Суб'єкти цивільного права України» (2009 рік); «Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах» (2011 рік).; довідники, посібники тощо.

Її викладацька діяльність пов'язана з Київським університетом та Київським торговельно-економічним інститутом, Національною академією управління, Соломоновим університетом, Київським університетом туризму, економіки і права, Чернівецьким національним університетом. За плідну наукову та викладацьку роботу у 1995 році їй присвоєно звання професора.

Майже усе своє життя Ярослава Миколаївна присвятила Інституту держави та права Національної Академії наук України. Сюди вона прийшла молодим вченим і пройшла великий шлях зростання і вдосконалення. Від посади молодшого наукового співробітника за відсутності спеціалізованого підрозділу, вона займалась цивілістикою і йшла до створення свого відділу (1982), поглиблюючи свої компетенції, та створюючи навколо себе колектив однодумців та соратників.

Особливе значення вона приділяла підготовці наукових кадрів, мала багато учнів та послідовників. Під її керівництвом докторами наук стали 4 пошуковувачів, кандидатських дисертацій захищено 26.

Її значний науковий внесок не залишився не поміченим з боку держави – вона була повним кавалером Ордена Княгині Ольги.

Я.М. Шевченко була мудрим та ефективним та демократичним керівником – у відділі була створена творча, дружна атмосфера, яка сприяла результативності роботи відділу. Оскільки Ярослава Миколаївна була щасливою у шлюбі та мала дружну родину, у колективі вона також уміла замотивувати людей на досягнення результату, отримання задоволення від спільної праці, колективних досягнень.

Ярослава Миколаївна була багатосторонньою особистістю, багато читала та мала виключний літературний смак, любила поезію. На засіданнях відділу панувала дружня, творча атмосфера, працівники відчували себе членами наукової родини, створеної очільником.

2013 року Я.М. Шевченко пішла з Інституту за власним бажанням. Віддавши йому 50 плідних років, завершила свій творчий шлях. Її доробок становить майже 250 публікацій. Її внесок в авторитет Інституту держави і права ім. В.М. Корецького Національної академії наук України складно переоцінити – вона робила установу званою у міжнародних колах та серед наукової громадськості як східних, так і західних країн. Влітку 2017 року Ярослава Шевченко не стало. Сумуючи за нею як за особистістю, не можна не зазначити, що її життя було яскравим, натхненним та плідотворним, що свідчить про те, що часи завжди однакові і люди, які прагнуть досягти та створити, завжди добиваються свого.

Михайло Шумило,
д.ю.н., старший науковий співробітник
відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)

**ПРОФЕСОР ЯРОСЛАВНА ШЕВЧЕНКО ТА ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ
І ПРАВА ім. В.М. КОРЕЦЬКОГО НАН УКРАЇНИ:
50 РОКІВ РАЗОМ
(есеї на пошану великого і доброго вченого)**

Мало який вчений має таку тривалу та безперервну історію із місцем своєї праці в 50 років, серед таких – Ярославна Шевченко, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, шанований науковець, знаний не тільки в Україні, але й за її межами, провідний фахівець з цивільного та сімейного права, відомий теоретик приватного права. Кількість нагород і звань можна продовжувати без кінця, але для колег та близьких, вона була, є і назавжди залишиться в серцях просто Ясею. Саме так, по-доброму її звали, не в очі звичайно, а між собою, хоча вона завжди про це знала і не заперечувала та й мабуть подумки посміхалася, їй подобалось таке звернення.

Майже після закінчення своєї *alma mater* (юридичного факультету Київського університету ім. Тараса Шевченка), у січні 1963 призначена професором В.М. Корецьким на посаду молодшого наукового співробітника, в тоді ще Секторі держави і права АН України, згодом Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Становлення молодшої вченої, учениці професора Г.К. Матвеева, відбувається саме в стінах Інституту, а згодом, її ім'я буде безпосередньо пов'язаним з Інститутом і буде невід'ємною частиною авторитету Інституту, його гордістю. Наукові установи творять не стіни чи споруди, не червоні хідники і портрети в золотих рамах, а відомі вчені, одним із таких творців та організаторів правничої науки в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, була Ярославна Шевченко.

1989 року Ярославна Шевченко очолює відділ проблем трудового та цивільного права (сьогодні – відділ проблем цивільного, трудового та підприємницького права). Саме професор Я. Шевченко стане організатором науки цивільного права в Інституті, саме за її ініціативою до роботи у відділі долучатимуться молоді фахівці у сфері приватного права, що згодом дозволить у відділі підготувати і коментар до Цивільного кодексу України у 2-х томах (2004, 2006), і академічний курс «Цивільне право України» у 2-х томах (2006), та низку гасел для «Енциклопедії цивільного права України» (2009) Юридичної енциклопедії (1998-2004) та Великого енциклопедичного юридичного словника (2007). Саме завдяки її імені та авторитету до аспірантури в Інститут потяглася молодь, яка

згодом стала основою новочасного наукового потенціалу української цивілістики. Загалом тільки серед її учнів 26 кандидатів та докторів юридичних наук, про кількість виступів як офіційний опонент годі й казати.

Непримиренною, однозначною та безкомпромісною була позиція вченої щодо штучності розподілу цивільного та господарського права, опозиційність та критичність щодо прийняття Господарського та Господарського процесуального кодексів як таких, що вносять смуту в сферу приватного права, мають політично вмотивований характер. Позиція вченої не була голосливою, а вилувалася у розгорнуті наукові статті-розвідки, статті-дискусії на шпальтах провідних правничих видань, в яких обґрунтовувалися її погляди. До останніх днів роботи завідувачем, у відділі так і не було захищеної жодної дисертації по спеціальності 12.00.04 (господарське право; господарське процесуальне право).

Проте принциповість та невідступність від наукових переконань не мали впливу на особистісні стосунки в колективі. Що й казати, хіба можуть підлеглі тирана чи «міцного господарника» люблячи називати його «Яся», звичайно ж ні. Сьогодні вже ніхто не згадає, коли Ярославна Шевченко стала Ясею та це і не важливо. У приватному спілкуванні вона завжди залишалася доброю і розмовляючи з нею кудись зникали її регалії та звання. Велика поціновувачка поезії Лермонтова, фрагменти творів якого знала напам'ять і могла, коли мала гарний настрій, продекламувати улюблені вірші експромтом.

Ярославна Шевченко була також і справжньою жінкою, модницею. Кожна вчена рада – це був вихід у світ, підібрані прикраси, хутра і постава справжньої аристократки. Навіть будучи у віці, кокетство в очах нікуди не поділося, зустрічі з колегами в коридорі ніколи не були мимохідь, а із витриманою паузою, кивком голови, посмішкою, з колегами завжди на «Ви» та ім'я по батьковій. Це не було дистанціювання чи пиха, ні – це була форма поведінки для всіх, Ярославна Миколаївна чудово знала, хто вона, але завжди з повагою ставилася до оточуючих.

В часи випробувань, коли на Майдані Незалежності замайорили помаранчеві прапори, Ярославна Миколаївна Шевченко одна з небагатьох, у тому числі з професором І.М. Кучеренко, демонстративно носила помаранчевий шалик, одягала його на Вчену раду Інституту і на засідання Спеціалізованих вчених рад, вона була демократом за поглядами, патріотом своєї Батьківщини-України, свого Інституту, якому ніколи не зраджувала.

2013 року професор Ярославна Шевченко пішла з Інституту, за власним бажанням, без фанфар, без келиха шампанського, без оплесків, без квітів, без подяк. Так само тихо і непомітно, як і прийшла у 1963 році, поступово пройшовши шлях від молодшого наукового співробітника до завідувача відділом, від талановитої юнки до поважного академіка. Інституту вона віддала найцінніше – усе своє життя, і доля їй посміхалася.

Знайомлячись уже посмертно, з особовою справою Ярославної Миколаївни, читаючи сухі факти з біографії та просування по кар'єрних щаблях, зло-

вив себе на думці, що скільки питань не було задано, скільки слів було не сказано. Так буває завжди...

Однозначно можна стверджувати, що Ярославна Миколаївна була щасливою людиною, яка досягла значних професійних висот, здобула беззаперечний авторитет та повагу у колег. Це гідний приклад самовідданості людини своїй справі, невтомної праці не заради нагород, їх потім принесли, майже як за булгаківським Воландом «самі прийдуть, самі запропонують», так і було.

Коли людина перетинає межу вічності, вона не залишає світ живих самотнім, для родини та близьких, вона живе у серцях, а для незнайомців та молодого покоління науковців стає невидимим вчителем і йде, як казали стародавні римляни, туди *hic mortui vivunt et muti loquuntur / де мертві живуть і німі розмовляють* – в царство книг – бібліотек.

Завершаючи цей есей, можна сказати тільки одне, багато вчених ідуть у темну вічність забуття та мало залишаються з живими, Ярославна Миколаївна залишилася і буде завжди.

Інна Севрюкова,

*к.ю.н., доцент, старший науковий співробітник
відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ НАУКОВИХ ПРАЦЬ ПРОФЕСОРА Я.М. ШЕВЧЕНКО

Економічні відносини привласненості, приналежності майна конкретним особам являють собою фундамент приватного-правового регулювання. Їх юридичне оформлення відбувається за допомогою норм речового права, і, зокрема, права власності.

В системі речових прав право власності відводиться основна функція – найбільш повного та системоутворюючого майнового права.

Я.М. Шевченко справедливо стверджувала: «Найважливішим у визначенні права власності є те, що право власності передбачає необмежене і виключне панування особи над річчю, право власності є відношенням особи до речі»¹. Зазначена концепція, заснована на необхідності посилення захисту природних прав людини, знайшла у свій час відображення у працях відомих цивілістів, 19 початку 20 ст., таких як Є.В. Васковський, Д.І. Мейер, Г. Дербург, Ю. Барон, Г. Пухта, К.Ф. Чилларж. Протилежний концептуальний підхід відносно

¹ Шевченко Я.Н. Проблемы правового регулирования залога и права полного хозяйственного ведения / Право собственности в Украине / Под ред. Я.Н.Шевченко. – К.: Блиц Информ, 1996. – С.22-30.

правової природи речових прав і права власності, суть якого полягала у тому, що речові права це правовідносини між людьми з приводу речей, засновувався на позитивістському підході, а його засновниками та прихильниками були Ю.С. Гамбаров, Б. Виндшейд, Шлоссман, Г.Ф. Шершеневич, В.І. Синайський, М. Плянніль. Радянська цивілістика у свій час пропонувала зосередитися на суспільних інтересах, скасовуючи будь який індивідуалістичний підхід у формуванні права власності у зв'язку з чим визначення права власності зводилась, як правило до того, що право власності не можна визначати як володіння, користування та розпорядження, оскільки це є недоліком і на перший погляд являє собою відношення особи до речі¹, а також визначення права власності повинно само по собі зобов'язувати до розкриття класових особливостей у кожній формації².

Слід згадати, що законодавча регламентація інституту права власності почала свій розвиток в Україні з прийняттям Закону України «Про власність», який припинив свою дію після прийняття ЦК України. Не зважаючи на певні спірні моменти вказаного нормативного акту, він створив основу подальшого розвитку права власності в Україні саме як приватного права, створив умови для впорядкування регулювання економічних відносин в державі. Розробка Учась нового Цивільного кодексу України з впровадженням нових ідей, розробленням нових підходів та концепцій була б неможливою без адаптації суспільних відносин к умовам ринкової економіки, без створення умов для розвитку підприємницької діяльності ринку на підставі законів так званого «перехідного» періоду. Автори нового Цивільного кодексу України, відомі вчені-цивілісти – О.А. Підопригора, Д.В. Боброва Я.М. Шевченко, О.А. Пушкін, В.В. Луць, В.Л. Мусіяка, Н.С. Кузнецова З.В. Ромовська, А.С. Довгерт, М.М. Сібільов, В.Я. Калакура були захоплені ідеєю створення такого кодифікованого нормативного акту приватного права, який би ґрунтувався на основних ідеях захисту природних прав людини і був конституцією приватного права. О.В. Дзера справедливо зазначив, що Цивільний кодекс України 2003 року «є кодексом суспільства з соціально орієнтованою ринковою економікою...Відбулось максимальне наближення інституту права власності до загальних принципів приватного права»³.

Право власності, як основне майнове природне право людини вимагало нового, пострадянського концептуального вчення про право власності. Я.М. Шевченко пропонувала у своїх дослідженнях та пропозиціях до нового ЦК України наступні теоретичні основи подальшого розвитку інституту при-

¹ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М: Статут, 2000. С. 508–581.

² Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.: Изд. АН СССР, 1948. С. 16.

³ Дзера О.В. Інститут права власності за новим цивільним законодавством і європейські стандарти з охорони права власності / Дзера О. В. // Університетські наукові записки. – 2005. – № 1–2. – С. 69–75.

ватної власності: 1) право власності є речовим правом, суть якого полягає у пануванні особи над річчю¹; 2) всі похідні від права власності права підпорядковуються принципам приватного права і приватно-правовим засадам їх формування та регламентації, втім права державних підприємств, які регулювались у той час нормами Закону України «Про власність» не є характерними для приватного права, у зв'язку з чим Я.М. Шевченко було співведливо зазначено: «це, по суті «квазівласність», оскільки «право повного господарчого відання супроводжує право власності, воно є ніби то його перетворенням в умовах панівного положення державної власності»² і такий виважений підхід вплинув у цілому на подальший розвиток наукових концепцій і законодавства; 3) колективна власність як форма власності не відповідає вимогам розвитку постіндустріального суспільства і людським потребам, становленню приватного права: «використання права власності як підойми для підтримки саме тенденцій розвитку постіндустріального суспільства, спрямованих на інтелектуальне зростання особи, є тим прогресивним напрямом, який має бути відображений у законодавстві. У цьому плані передбачається категоричне – відмовитися від права колективної власності, яке виражено в Законі України «Про власність», і перейти до стимулювання життя і діяльності людини шляхом утвердження права приватної власності»³. Автор, у зв'язку з цим, підкреслювала, що великим досягненням цивільного законодавства і науки є визначення права юридичних осіб як приватного права: «У кодексі це право визначене як приватне. Це – велике досягнення в розвитку й удосконаленні правового регулювання права власності України, утвердженні приватного права»⁴; 4) визначення державної власності у ЦК України є недосконалим і потребує змін: «Прогалиною в законодавстві є дуже загальне тлумачення права державної власності. Ст. 327 нового Цивільного кодексу України визначає: «Державною власністю є майно, в тому числі кошти, які належать державі Україна. Від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідні органи державної влади... На такий кшталт, як це визначено в ст. 327 нового Цивільного кодексу України, можна визначати будь-який вид власності, бо, отже, і приватною, і комунальною власністю є майно. Нічого від назви не змінюється, бо природа власності єдина. Тому можна сказати, що фактично правового визначення права державної власності в новому Цивільному кодексі немає, і не можна сказати, яке майно належить державі, а яке – іншим суб'єктам, за якою

¹ Шевченко Я.Н. Проблемы правового регулирования залога и права полного хозяйственного ведения /Право собственности в Украине / Под ред. Я.Н.Шевченко. – К.: Блннформ, 1996. – С.22-30.

² Шевченко Я.М. Правоотношения собственности в Украинском законодательстве // Право собственности в Украине. – К. 1996. – С.27.

³ Я.М.Шевченко // Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності: Монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002. С.2.

⁴ Там само.

ознакою потрібно розрізнати майно, на яке поширюється право державної власності, та за якими ознаками це право відрізняють від права приватної і комунальної власності. Отже, можна сказати, що це питання потребує законодавчого вирішення»¹; 5) право українського народу, зазначене у статті 320 ЦК України потребує уточнення та доопрацювання і обґрунтовується так вимога наступними міркуваннями: «Що стосується права власності українського народу, то справа тут складна. Ст. 320 Цивільного кодексу вказує лише на об'єкт права власності українського народу, а саме воно не визначається. Вказується лише на те, що від імені українського народу права власника здійснюють органи державної влади. З цього можна зробити висновок, що правомочності власника – володіння, користування й розпорядження здійснюють управомочені на те особи – органи державної влади, які водночас здійснюють ті ж правомочності відповідно до закону від імені держави (згідно із п. 5 ст. 113 Конституції України). Тобто відмінність у діяльності органів державної влади щодо здійснення прав власника залежить не від того, хто здійснює ці права, а від того, від імені кого вони здійснюються. В обох випадках орган, який здійснює право власника єдиний – органи державної влади. Розмежування відбувається відповідно до об'єктів права власності. Земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності українського народу (ст. 320 Цивільного кодексу України), а щодо цих об'єктів право власності органи державної влади здійснюють від імені українського народу. Стосовно інших об'єктів (наприклад, майнові комплекси, підприємства), то органи державної влади здійснюють право власності вже від імені держави. Виникає запитання – чи ідентичне право власності українського народу праву власності держави? Потрібно зазначити, що за змістом (правомочності власника) – так, але за суб'єктивним складом – ні, бо, отже, поняття «держава» і «народ» не тотожні»²; 6) недопустимість використання у цивілістиці категорії «форми власності». «право власності, по суті, є єдиним для всіх суб'єктів права власності і незалежно від того, хто є суб'єктом права власності – громадянин, юридична особа чи держава, воно завжди характеризує стан належності речі, отже, поділ на форми власності втрачає будь-який сенс»³.

Можна зробити висновок, що концепція права власності, запропонована

¹ Я.М.Шевченко // Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності: Монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002. С.2.

² Я.М.Шевченко // Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності: Монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002. С.2.

³ Шевченко Я. М. Питання права власності (коментар до Конституції України) / Шевченко Я. М. // Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгєрта. К.: Укр. центр правничих студій, 2000. С. 170–174.

Я.М. Шевченко була спрямована на якісне оновлення цивільного права на основі охорони природних прав людини, надання їм відповідної правової форми, яка сприяє якісному оновленню цивільного права, що має відповідати вимогам демократичного правового суспільства.

Ірина Проценко,
*к. ю. н., науковий співробітник
відділу міжнародного права та порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПИТАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В ЗАКОНІ УКРАЇНИ «ПРО МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО», В КОНТЕКСТІ НАУКОВОЇ СПАДЩИНИ ПРОФЕСОРА Я. М. ШЕВЧЕНКО

Обговорення сучасних правових реформ в Україні цілком закономірно поєднувати із осмисленням наукових здобутків видатного українського цивіліста – професора Я. М. Шевченко. Очолюючи відділ проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (який є провідним осередком цивілістичної думки нашої держави), вона працювала над розробкою багатьох ключових проблем цивільного права. При цьому центром її уваги завжди виступали два основних питання: захист прав фізичних та юридичних осіб (передусім, неповнолітніх, власників та ін.) та реформа цивільного права незалежної України, перетворення його з права, яке слугувало інтересам СРСР та адміністративно-командній економіці на право, що має слугувати захисту інтересів приватних осіб та становлення ринкової економіки України як сучасної європейської держави.

Загальновідомо, що здобуття Україною незалежності та зміна системи економіки з командної на ринкову, поставило перед вітчизняною наукою цивільного права нові завдання. Професор Я. М. Шевченко належала до когорти тих українських цивілістів, які негайно почали розробляти нові засади нового цивільного права й взяла на себе важке завдання – вивчення такого складного, спотвореного за часів СРСР, але важливого для нової системи економіки питання, як право власності. В своїй науковій роботі їй вдалося повністю абстрагуватися від радянської конструкції права власності, довести, що в умовах ринкової економіки вже втрачені ті підстави, на основі яких виділялися форми права власності в Радянському Союзі й зробити ряд інших концептуальних висновків, зокрема: право приватної власності і право приватної власності громадян виконують єдине спільне завдання, право приватної власності громадянина є лише «приватним випадком поряд з правом власності фізичної

особи, юридичної особи, підприємця, селянського господарства тощо»¹ й це «надає підстави при конструюванні права власності громадян виходити з загального поняття права власності»²; право власності разом з правом на життя і на свободу розглядалися вченою як найважливіше право людини; саме ж право власності, в свою чергу, визначалося Я. М. Шевченко через його значення та значення власника у суспільстві в цілому, а саме як «основне суб'єктивне право особи, що регулюється цивільним правом і визначає місце приватної особи в системі не тільки майнових відносин, але й всього громадянського суспільства»³; речові права розглядалися нею, як «системоутворюючий фактор для цивільного права»⁴ тощо. Це далеко неповний перелік тих основ, які були сформульовані Я. М. Шевченко й знайшли подальше втілення в нормах чинного Цивільного кодексу України, в розробці основних засад якого важливим є й її внесок.

Вшанування пам'яті професора Я. М. Шевченко є також приводом для того, щоб належним чином оцінити здобутки інших українських цивілістів в сфері реформування приватного права України й створення такого законодавства, яке б відповідало найбільш новим та прогресивним світовим зразкам. Окремим напрямком такої роботи стала розробка правового регулювання приватних відносин, ускладнених іноземним елементом, яке сьогодні міститься в спеціальному нормативно-правовому акті – Законі України «Про міжнародне приватне право» 2005 р. (далі – Закон).

Цей Закон став зразком витончених, чітких юридичних конструкцій та формулювань, що особливо яскраво проявлялося на фоні Цивільного кодексу УРСР 1963 р. та ряду інших кодексів радянського зразка, які до 2005 р. регулювали в Україні приватні відносини, ускладнені іноземним елементом. Прогресивного характеру йому додало й широке використання таких передових інститутів колізійного права, як «автономія сторін», «принцип найбільш тісного зв'язку» тощо.

Якщо говорити про Розділ V. Закону, який називається «Колізійні норми речового права», то він характеризується доволі широким охопленням різних колізійних питань, що можуть виникнути з приводу речових прав. Передусім в ньому закріплено основну норму (ч. 1 ст. 38), яка встановлює загальне правове регулювання для всіх колізійних питань в сфері речових прав, що не врегульовані в подальших статтях Закону. При цьому Закон традиційно спирається на колізійну прив'язку «lex rei sitae», яка є основною для регулювання цих прав.

Далі, в ч. 2 ст. 38 Закон регулює за допомогою цієї ж прив'язки одне з основних колізійних питань в сфері речових прав – питання визначення права держави, що буде застосовуватися для будь-якої класифікації майна, в тому

¹ Власник і право власності / відп. ред. Я.М. Шевченко. – К., 1994 – С. 36.

² Власник і право власності. – Там само.

³ Власник і право власності. – Там само. – С. 39.

⁴ Власник і право власності. – Там само. – С. 38.

числі віднесення його до рухомого чи нерухомого. На наш погляд, ця норма є також виключенням із правила, передбаченого в ст. 7 Закону, згідно якого при визначенні права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Отже, при тлумаченні понять «рухоме майно», «нерухоме майно», суд має виходити із ч. 2 ст. 38 Закону й використовувати право держави, де майно знаходиться, а не із ст. 7, яка предписує використовувати право країни суду.

В подальших статтях Закон регулює окремі колізійні питання речових прав, наприклад, колізійні питання їх виникнення та припинення (ст. 39). Для регулювання колізійних питань виникнення та припинення речових прав Закон використав варіацію стандартної колізійної прив'язки *lex rei sitae* – право держави, у якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав. Застосування такої колізійної прив'язки дає можливість уникнення, наприклад, невизнання речових прав, що виникли закордоном з підстав, невідомих праву України. Такий же підхід використано і для регулювання колізійних питань виникнення права власності внаслідок набувальної давності (ч. 3 ст. 39). Тут застосовується прав держави, у якій майно знаходилося на момент спливу строку набувальної давності.

Окремо Закон регулює колізійні питання речових прав, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, використавши нову колізійну прив'язку – право держави, у якій це майно зареєстровано (ст. 40). Але при цьому слід враховувати, що ст. 19 Кодексу торговельного мореплавства України 1995 р. встановлює спеціальне правове регулювання окремих колізійних питань речових прав на судна. Зокрема, право власності на судно, що будується, регулюється законодавством держави, на території якої перебуває таке судно, якщо договором на будівництво судна не встановлено інше. Разом з цим, право власності та інші майнові права (це термінологія Кодексу) на судна, що перебувають за межами України, а також виникнення, зміна та припинення цих прав регулюються законодавством держави, під прапором якої плаває судно. В останньому випадку, фактично, використано колізійну прив'язку «закон місця реєстрації майна», оскільки, як правило, морські судна ходять під прапором тієї держави, на території якої вони зареєстровані.

Законом також враховано, що в сфері міжнародних перевезень можуть виникнути специфічні колізійні питання, пов'язані з речовими правами на майно, у зв'язку з чим ст. 41 охоплено питання вибору права, що буде регулювати право власності та інші речові права на рухоме майно, яке за правочином перебуває в дорозі. В той час, коли в ряді держав світу для регулювання цього питання використано колізійну прив'язку «право держави місця призначення майна», Закон обрав для нього більш вдалилий варіант, який сприяє усуненню колізійних проблем в цій сфері. Він передбачив застосування «права держави,

з якої майно відправлене», дозволивши, при цьому, сторонам обрати інше право.

Про високий рівень підготовки Закону говорить також ст. 42, яка регулює колізійні питання, що можуть виникнути, передусім, у зв'язку із способами захисту речових прав й дозволяє заявнику самостійно здійснювати вибір права, яке буде застосовуватися в цій сфері (ч. 1 ст. 42). Також вона передбачає окреме регулювання колізійних питань захисту речових прав на нерухоме майно (ч. 2 ст. 42) та захисту речових прав, що підлягають державній реєстрації в Україні (ч. 3 ст. 42), логічно закріпивши для останнього випадку односторонню колізійну прив'язку і гарантувавши тим самим застосування до нього виключно права України. Однак, на нашу думку, судам України буде складно застосувати ті способи захисту речових прав, що хоча й передбачені законодавством інших держав, але невідомі праву України.

Разом із констатацією здобутків Закону варто відмітити, що розвиток суспільних відносин ставить перед ним нові завдання, наприклад, необхідність вирішення колізійних проблем, що виникають у зв'язку з визначенням моменту переходу ризику випадкової загибелі, зміною обсягу речових прав на майно при переміщенні її з однієї держави в іншу тощо. Хоча перед вирішенням цих питань, необхідно подолати одну велику проблему, яка впливає на ефективне застосування Закону. Мова йде про неправильне сприйняття судами України ч. 1 ст. 4 Закону, яка чітко встановлює, що суд має здійснювати пошук колізійних норм в Законі України «Про міжнародне приватне право», в інших законах України та міжнародних договорах України, однак суди розуміють її як таку, що відсилає до права України й, в результаті, взагалі не застосовують колізійні норми¹, що повністю нівелює всі здобутки Закону України «Про міжнародне приватне право».

¹ Див., наприклад, справу № 6/122-2589, яка вирішувалася в Господарському суді Тернопільської області й Рішення по якій було прийняте 25 липня 2008 р. – URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10052084>

ВИБРАНІ ПРАЦІ ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

ПОНЯТТЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА ЯК ЯДРА ПРАВОПОРЯДКУ, ЗАСНОВАНОГО НА РИНКОВІЙ ОРГАНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ¹

(упорядник Роман Неколяк)

Приватне (цивільне) право становить базу, ядро правопорядку, заснованого на ринковій організації суспільства.

Приватне право від давньоримських часів є породженням вільного економічного розвитку, який неминуче вимагав звільнення особистості від всіляких пут, вимагав свободи власності, свободи договорів, заповітів, свободи волі при укладенні правочинів.

Автономія волі учасників приватноправових відносин, яка полягає в їх вільному розсуді, щодо того, виступати чи не вступати їм в майновий оборот, з яким саме контрагентом і на яких умовах, означає, що таке рішення учасники приймають за власною ініціативою, на свій ризик і під власну майнову відповідальність. Вони також самі вирішують, чи здійснювати належні їм права, включаючи й право на пред'явлення будь-яких майнових вимог через суд.

Важливим моментом є те, що учасники приватноправових відносин є майново-самостійними і в своїх відносинах намагаються досягти задоволення своїх власних (приватних) інтересів.

Цим визначаються і основні, принципові відмінності вирішення приватноправових і публічноправових засад. За радянського періоду держава звикла безцеремонно, свавільно і безмежно втручатися в майнову сферу учасників майнових відносин. Проте приватне і публічне право – це якісно різні сфери приватного регулювання, два різних так би мовити континенти. Це дві відносно самостійні сфери і так вони і розглядаються – приватне і публічне право. Публічне право – це правова сфера, пов'язана з державною владою і заснована на відносинах влади і підкорення, вона має один загальнодержавний юридичний центр. Звідси і метод правового регулювання як заснований на владі й підкоренні. Приватне право – це правова сфера, побудована на децентралізації, свободі окремих суб'єктів.

Тому в приватному праві панують відносини «по горизонталі», засновані

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Поняття приватного права як ядра правопорядку, заснованого на ринковій організації економіки // Право України, 2009. № 8. С. 4-7.

на рівності суб'єктів. Звідси висновок – в приватному праві діє безліч юридичних центрів, якими виступають окремі суб'єкти правовідносин. Націленість на прерогативу державної сфери, де було надто посилено вплив публічного права, принесла Радянському Союзу згубні наслідки – він просто розвалився, натомість на сьогодні спостерігається посилення значення приватного права як необхідної передумови розвитку ринкових відносин, що не виключає деякого збільшення питомої ваги публічних галузей права.

Ринкова організація економіки визначає певне співвідношення галузей приватного і публічного права, а правопорядок встановлює режим упорядкованості, організованості суспільних відносин і тут неможливим є застосування методів, які вживаються в одній сфері, до відносин, які виникають в іншій.

Складність викликає питання, які галузі права належать до публічного і які – до приватного. Теорія держави і права, конституційне (державне) право, адміністративне право, кримінальне право, міжнародне публічне право належать до публічного права; цивільне право, сімейне право, трудове право, міжнародне приватне право – до приватного права. Такий поділ галузей права є загально визнаним. Ряд галузей становлять сукупність тих чи інших засад і на цій підставі вони характеризуються як комплексні, вторинні галузі права – це, наприклад, екологічне право, інформаційне право.

Право і економіка пов'язані. Правова система сама перебуває в рамках соціально-економічної системи в цілому, залежить від неї й розвивається з нею. Позасистемні зв'язки права чинять вплив на внутрішньосистемні й навпаки.

З цих позицій важливим є визначення в системі права господарського права. Концепція господарського права своїми витокami має засади однорідності владно-управлінських (по вертикалі) і договірних (по горизонталі) відносин у сфері народного господарства. Вона була спрямована на виправдання планово-адміністративної системи господарювання. Прихильники цієї точки зору виходять з того, що господарське право є сукупністю юридичних норм, які регулюють господарські відносини.

Господарські відносини, до яких звертається Господарський кодекс України, не можуть бути господарськими відносинами взагалі, в загальному плані. Це методологічно невірний підхід, оскільки кожний із аспектів господарських відносин має свої суттєві особливості з предмета регулювання і його методу – діяльність банків відрізняється від діяльності за збором податків, питання реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності відрізняється від зовнішньоекономічної діяльності, а штрафні й оперативно-господарські санкції, що є, наприклад, у гл. 26 Господарського кодексу України, становлять суміш цивільних і адміністративних положень. Тільки й того, що все це стосується одних і тих самих суб'єктів (поняття яких теж дуже розмите), а саме – тих, що здійснюють господарську діяльність. Ніхто не перешкоджає цим суб'єктам здійснювати господарську діяльність, але лише за цією ознакою не можна

створювати цілий кодекс. У результаті потрібно безліч кодексів, які опосередковують будь-який вид діяльності людини. Отже, з кожного виду цієї діяльності потрібен кодекс, без якого ніяк неможливо визначити, що і як регулювати. З цього стає очевидним безглуздість прийняття й існування Господарського кодексу України.

У Російській Федерації підприємницьке (або ще як його називають господарське, комерційне, торгове право) визначають як комплексну галузь права. Його розуміють переважно в широкому сенсі як комплексне утворення, що об'єднує норми різних галузей права (цивільного, адміністративного, фінансового, трудового, митного).

Проте в приватному праві немає потреби конструювати як самостійні і рівнозначні галузі – цивільне право і господарське, або ще як його називають – підприємницьке право. Господарське право за своєю системою норм належить до цивільного права або до адміністративного. Отже, непотрібним є й самостійний Господарський кодекс.

Існуюча система законодавства побудована на тому, що сімейне, трудове і природоресурсне право є самостійними галузями права. Таке становище сформулювалося в роки планово-адміністративної економіки, коли приватно-правові методи послідовно знищувались і впроваджувались особливі принципи соціалістичного устрою, з акцентом на відмінність від капіталістичного.

Напрямок зближення трудових відносин з цивільно-правовими і включення трудових відносин у сферу цивільного права є позитивним. Це дало б змогу повному підійти до вирішення ряду проблем. Наприклад, стягнення неустойки за невиконання умовних зобов'язань по зарплаті.

Критерії поділу на публічне і приватне право є невідворотними і незмінними. Перебування галузі в тій чи іншій частині права означає належність цієї галузі до основної, головної структури права.

Серед цих галузей є базові галузі, навколо яких формулюються всі інші. В публічному праві – це державне і адміністративне, в приватному – цивільне право. Крім того, слід зазначити, що є і галузі права, які ґрунтуються і на публічноправових, і на приватноправових методах водночас. Ці галузі будуються як вторинна структура права, є комплексними утвореннями і як такі входять в основну структуру права.

До них належить і господарське право.

Основною галуззю приватного права є цивільне право, яке з розвитком ринкових відносин поглине решту галузей приватного права.

Звертаючись до Господарського кодексу України, потрібно сказати, що, враховуючи фактичні реалії існуючих суспільних відносин, Господарський кодекс націлює їх розвиток на старі, архаїчні форми співвідношення владних повноважень держави і суб'єктів підприємницьких (а також цивільних) відносини.

Погляд на стан сучасного правового регулювання економіки свідчить,

що адміністративно-командна система не могла шезнути раптово, вона переформувалася в деяких сучасних нормативно-правових актах, в тому числі в Україні – у Господарському кодексі.

Якщо ми звернемося до статей 8, 9, 10, 11, 12 цього Кодексу, то зіткнемося з такими поняттями, як «господарська компетенція органів державної влади та органів місцевого самоврядування», «економічна і соціальна політика держави», «економічна тактика», «контроль», «стратегія» тощо виникає враження, що йдеться не про вільну економіку, яку організують і втілюють вільні люди, а про жорсткі схеми поведінки, визначеної державою, яка стоїть над людиною.

Потрібно, проте, рахуватися, що у нас зараз не соціалістичний застій, а третє тисячоліття з постіндустріальним суспільством постмодерн, в якому преваюче значення відіграють якості людини, її досягнення в галузі культури і освіти, отримання кваліфікації на найвищому рівні і власної, саме власної ролі в суспільстві, в тому числі і в економіці.

Людину потрібно розглядати в контексті цінностей, які набувають значення саме в постіндустріальному, а не в індустріальному суспільстві, яке належало до ХХ ст. і відходить разом з ним. Первинною стає організація підприємницької діяльності, в якій людина створює сама себе, і саме для якої набуває таких рис, як освіченість, працьовитість, набуття високої кваліфікації. І сама підприємницька діяльність в епоху постіндустріалізму набуває високих технологій, введення інновацій, широке використання електронних засобів у всіх видах діяльності. Якщо розглядати особливості права, яке опосередковує підприємницьку діяльність, то слід сказати, що його засади належать до цивільного права, яке найкраще відповідає стану людини як суб'єкта права – незалежність, рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність учасників цивільних правовідносин.

Підприємницькі відносини є по суті інструментом правового регулювання цивільних майнових відносин.

Метою встановленого Господарським кодексом господарського правопорядку, як вказується в цьому Кодексі в ст. 5, є оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, при цьому принцип господарювання суперечить принципам, які виражені в цивільному праві і мають вирішальне значення при застосуванні цивільно-правових норм щодо діяльності суб'єктів цивільних правовідносин. Перш за все, це принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом (ст. 1 Цивільного кодексу України), принцип неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом, принцип свободи договору, свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, принцип судового захисту цивільного права та інтересу, принцип справедливості, добросовісності та розумності.

Всі принципи цивільного права загалом спрямовані на утвердження сво-

боди підприємництва і суперечать засадам господарювання, які відповідно до багатьох статей Господарського кодексу, встановлені в Господарському кодексі. В літературі і урядових колах до Господарського кодексу ставлення неоднозначне, зокрема, керівниками Кабміну вказується, що: «Господарський кодекс є атавізмом радянських часів, що віджив своє». Він має бути скасований. Не може бути Цивільного і Господарського кодексів, які створюють сум'яття й щодо інвесторів, і щодо громадських організацій. Уряд дав доручення Міністерству юстиції, в результаті чого і внесений проект закону «Про скасування Господарського кодексу».

Проте велике значення має організація впливу на ринкові відносини з боку всього приватного права. Покращення його структурованості, націленість приватного права на економічний діалог, тобто взаємодію ринкових відносин, спрямованих на посилення економічного ефекту.

Управлінські відносини повинні опосередковуватися правом і лише тоді може бути здійснена індивідуальна взаємодія бізнесу з владою. Рух бізнесу, визначення формування ринкових відносин повинні знайти відображення в приватному праві — і в конкретних нормах, і в побудові галузей, що стосуються приватного права, і, особливо, розвитку цивільного права.

МІСЦЕ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ¹

(упорядник Роман Неколяк)

Цивільне право посідає одне з чільних місць у системі права України. Поділ права на приватне і публічне, який існує у праві, дозволяє віднести цивільне право до приватного права. Характерні риси цивільного права зазначені у ст. 1 Цивільного кодексу України, яка має назву «Відносини, що регулюються цивільним законодавством». Ці відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Сутність цивільного права добре відображає предмет цивільного права і, лише визначивши його, можна вказати на те місце, яке посідає цивільне право в системі права України.

Особливе значення в цивільному праві мають майнові відносини, які становлять основну сферу регулювання цивільного права. Характерною їх ознакою є те, що вони ґрунтуються на рівності учасників, є самостійними вольовими відносинами і їх учасники відокремлені один від одного майново та виступають стосовно один одного як сторонні особи.

Майнові відносини, які належать до сфери цивільного права, мають особливості, що стосуються характеру самих відносин і характеру учасників цих відносин.

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Місце цивільного права в системі права України // Право України, 2012. № 1-2. С.125-138.

За характером майнових відносин, що належать до сфери цивільного права, вони можуть бути кваліфіковані як фактичні економічні відносини, котрі підлягають правовому регулюванню і мають вартісний характер¹.

Економічні відносини мають й інший аспект розуміння — це виробничі відносини, які формуються у процесі суспільної діяльності людей і не залежать від конкретної вольової діяльності окремих людей. Такі відносини мають об'єктивний характер і не належать до сфери регулювання цивільного права.

Ринкова економіка передбачає активний обмін матеріальних благ та їхнє присвоєння. Правове регулювання цих процесів здійснюється за допомогою цивільного права, а саме таких його правових інститутів, як право власності і зобов'язальне право, спадкове право, реорганізація та ліквідація юридичних осіб.

Розвиток товарообміну ґрунтується на розвитку товарно-грошових відносин, тобто відносин, що зумовлюють перехід матеріальних благ від одних осіб до інших, тому цей розвиток пов'язаний як з характеристикою осіб, які беруть участь у товарообігу, так і з характеристикою самих процесів і форм товарообігу.

Особами, які беруть участь у товарно-грошових відносинах, є фізичні та юридичні особи, держава, територіальні громади.

Майно — це предмет майнових відносин, їх організація має відмінності, пов'язані з тим зв'язком, який існує між майном і особою. Так, відносини власності ґрунтуються на ставленні особи до речі. Річ — головне, що характеризує відносини власності і визначає відповідь на запитання: моя це річ чи чужа.

Існує й інший бік зв'язку між особою і річчю, який виражається в тому, що право власності особи існує не в безповітряному просторі, а серед суспільних відносин, тобто серед відносин інших людей, і визначається тим, що відносини власності — це відносини між особами з приводу речі. Ці обидва напрями зв'язків особи і речі однаково важливі, але право власності тим і вирізняється, що в той час, коли всі інші правові відносини — це відносини між людьми з приводу матеріального блага, головна мета відносин власності — створення такого зв'язку, коли людина-власник перебуває в центрі уваги і праву власності цієї людини нічого не може заважати. Людині-власнику протистоїть невизначене коло осіб, які не повинні нічим його порушувати, тому право власності — майнове право, що вважається абсолютним.

Крім відносин власності, існують також майнові відносини, яким властивий інший характер. Відчуження і набуття прав на майно відбувається у процесі товарообігу, тут не існує абсолютного права на майно, відносини між учасниками товарообігу юридично оформляються і мають відносний характер.

¹ Гражданское право / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. — СПб., 1996. — С. 11; Гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов. — М., 1998. — Т. 1. — С. 26.

Ці відносини завжди конкретні і виникають між конкретними учасниками. Найчастіше юридичне оформлення таких відносин відбувається за допомогою договору або позадоговірних зобов'язань. Так виникає зобов'язальне право, що є значною частиною цивільного права.

У процесі розвитку товарно-грошових відносин в останні роки виникає така форма соціальних зв'язків, яка має на меті використання юридичних форм, заснованих на управлінні приватними товариствами і корпораціями та їхнім майном, коли товариства (корпорації) виступають як юридичні особи – власники майна. Особлива форма організації взаємовідносин між учасниками товариства (корпорації) не змінює майнової орієнтації цих відносин.

До предмета цивільного права входять не лише майнові, а й особисті немайнові відносини. З цього приводу в юридичній літературі точиться традиційна дискусія. Існує думка, що такі відносини не регулюються цивільним правом, оскільки не мають оціночно-вартісного характеру (завдяки нематеріальній природі їх об'єктів). О. Красавчиков дав вичерпну характеристику концепцій, які виникли у процесі обговорення питання про місце особистих немайнових відносин у структурі предмета цивільного права. Він виокремлює три точки зору: негативну, радикальну і позитивну концепції¹. Згідно з першою цивільне право регулює тільки особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими, а решту відносин лише охороняє; згідно з другою відносини, що стосуються благ, невід'ємних від особистості, створюють самостійний предмет правового регулювання; згідно з третьою цивільне право не лише охороняє особисті немайнові відносини, а й регулює їх. Всі ці концепції мають свої позитивні риси і свої вади.

Зараз, враховуючи прийнятий Верховною Радою ЦК України, який містить главу 15 «Нематеріальні блага» і книгу другу «Особисті немайнові права фізичної особи», більш прийнятною є думка, що цивільне право не лише охороняє особисті немайнові відносини, а й регулює їх. Основою цього слід вважати єдиний метод правового регулювання, який передбачає юридичну рівність сторін.

Існує ще такий вид відносин, як організаційні відносини.

До ознак організаційних відносин у цивільному праві належать такі: організаційні відносини складаються з організаційних дій, спрямованих на впорядкування відносин, що організуються, об'єктом цих відносин є впорядкування дій учасників відношення, що організується. При створенні юридичної особи об'єктом є також упорядкованість функціонування створюваного суб'єкта права. Істотною особливістю організаційних відносин є особливість мети, спеціального спрямування на процес упорядкування таких відносин. При-

¹ Красавчиков О. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений и Свод законов Советского государства // Проблемы гарантии осуществления и защиты прав граждан : материалы науч.-практ. конф., посвящ. 175-летию возобновления Тартуского ун-та. – Тарту, 1977. – С. 12.

кладами таких відносин можуть відносини між транспортними організаціями і клієнтурою, здійснення контролю і технічного нагляду за відповідністю обсягу, вартості та якості виконуваних за договором підрядку робіт. Організаційні відносини виникають у зв'язку з упорядкуванням відносин із поставки товарів, організації перевезень за договором перевезень.

Зі зміною державного устрою в Україні більш виразно постає проблема предмета цивільного права на сучасному етапі. Державний устрій змінився, і вплив держави на економіку і приватні відносини окремих осіб набрав іншого характеру, цивільне законодавство істотно змінилося. Тому розвиток цивільно-правових відносин повинен йти шляхом відповідного поєднання публічно-правових засад із приватними. Прикладом поєднання приватноправових засад із публічно-правовими може слугувати правове регулювання у вільних економічних зонах, створених для більш ефективного розвитку підприємництва. В умовах спеціальних правових режимів відбувається укладення цивільно-правових договорів, забезпечення гарантій захисту прав осіб, що займаються підприємницькою діяльністю, здійснюється виконання договору, спрямованого на реалізацію інвестиційного проекту. Порядок укладення цивільно-правових договорів визначається відповідно до спеціального правового режиму підприємницької діяльності, запровадженого у певній вільній економічній зоні. Цивільно-правове регулювання у вільних економічних зонах залежить від умов існування цих зон і водночас це – цивільно-правове регулювання, де підставами виникнення та існування цивільно-правових відносин є ст. 1 ЦК України та інші статті. Приватноправові засади є основою цивільного права і не можуть поглинатися публічно-правовими, а можуть бути лише ними доповнені.

Визначальною ознакою методу цивільно-правового регулювання суспільних відносин є юридична рівність сторін. Жоден із учасників цивільно-правових відносин не може примусити іншого учасника до певної поведінки за формою і суттю. З цією ознакою пов'язана й інша ознака, а саме: диспозитивність сторін у цивільно-правових відносинах. Поняття диспозитивності означає, що учасники можуть діяти на власний розсуд, вирішуючи питання щодо прав і обов'язків у цих правовідносинах. Взаємовідносини сторін визначаються лише їх узгодженою волею.

Можливість діяти на власний розсуд визначає ще одну рису методу цивільно-правового регулювання – ініціативність сторін при встановленні їх взаємовідносин і зв'язків між ними.

Сторони цивільних правовідносин самостійні й незалежні у вирішенні питань своєї поведінки у власних взаємовідносинах, тому передбачається, що спори і спірні питання між ними вирішуються судом. Це може бути суд загальної юрисдикції, третейський суд, інші суди.

При регулюванні цивільних правовідносин має враховуватися їх узгоджена воля, тому характерною рисою для цивільних правовідносин є наявність між

учасниками цивільних правовідносин договору як форми регулювання їх прав і обов'язків.

Нарешті, для учасників цивільних правовідносин, які не виконують своїх обов'язків, порушують права інших учасників цивільних правовідносин, настає цивільно-правова відповідальність, яка полягає у застосуванні до порушників засобів захисту і заходів цивільної відповідальності, що мають переважно майновий характер.

Такі риси методу цивільно-правового регулювання у сукупності забезпечують вплив цивільного права на майнові та особисті немайнові суспільні відносини, які становлять предмет цивільного права.

Для кожної галузі права характерна наявність самостійного предмета регулювання і методу правового регулювання. Основними галузями права, які стикаються з цивільним правом, є адміністративне, трудове, фінансове, сімейне, природоресурсне, цивільне процесуальне право та кримінальне право.

Частина 2 ст. 1 ЦК України вказує на неможливість застосування цивільного законодавства до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій, а також до податкових бюджетних відносин. Це означає, що цивільні правовідносини у цих випадках не виникають.

Від адміністративного права цивільне відрізняється тим, що адміністративне право належить до сфері зобов'язального правового регулювання, а цивільному праву властивий дозвільно-диспозитивний характер. Організаційні відносини, які регулює адміністративне право, мають характер влади і підкорення, що в цивільному праві, де сторони не мають змоги і не повинні діяти на засадах примусу неможливе.

Кримінальному праву властива чітко визначена правоохоронна функція, яка виражається в тому, що ним встановлені заборони, у тому числі і сфері відносин, які належать цивільних правовідносин, і порушення цих заборон спричиняє застосування кримінального покарання.

Цивільне процесуальне право регламентує відносини, що стосуються порядку і процедури вирішення цивільно-правових спорів, тобто відносини, пов'язані з цивільним процесом, а цивільне право є матеріальним правом, що у своїх нормах регулює сутність відносин, які є предметом цивільного права.

Природоресурсне право регулює відносини, які виникають з приводу таких об'єктів, як земля, ліси, води, інших об'єктів, створених природою, що викликають особливості правового регулювання, тісно пов'язаного з цивільно-правовим регулюванням. Прийняття Земельного кодексу України обумовило більш широке залучення природних об'єктів у товарообіг, поширення на них вартісного характеру, і як наслідок застосування щодо них можливостей цивільно-правового регулювання, що відбилося у главі 27 ЦК України «Право власності на землю (земельну ділянку)».

Цивільне і трудове право межують між собою. Вони мають багато спіль-

них рис, але є їй суттєві відмінності, пов'язані з тим, що предметом трудового права є трудові відносини, тобто відносини, пов'язані з використанням праці людини. Майнові відносини, які регулює трудове право, позбавлені застосування методу юридичної рівності сторін, натомість визначається перевага юридичних інтересів працівника.

Майнові відносини стосуються не лише цивільного, а й фінансового права. Різниця між ними суттєва. Майнові відносини, що належать до фінансового права, виникають у процесі діяльності органів державної влади.

Це організаційно-майнові відносини, зумовлені владною діяльністю держави в особі її уповноважених органів з приводу створення, розподілу і використання нею фондів і коштів. Вони засновані на адміністративному або іншому владному підкоренні однієї сторони іншою, застосовуються у податкових та інших фінансових і адміністративних відносинах.

Цивільно-правові відносини близькі до сімейно-правових, проте відмінністю сімейно-правових відносин від цивільно-правових є відсутність у майнових сімейно-правових відносинах вартісної ознаки і значною мірою сімейно-правовий характер визначення їх учасників.

Дискусійною є проблема відмежування цивільних правовідносин від відносин у сфері господарювання. Згідно зі ст. 4 Господарського кодексу України не є предметом регулювання цього Кодексу такі майнові відносини, що регулюються ЦК України; земельні, гірничі, лісові та водні відносини, відносини щодо використання й охорони рослинного і тваринного світу, територій та об'єктів природо-заповідного фонду, атмосферного повітря; трудові відносини, фінансові відносини за участю суб'єктів господарювання, що виникають у процесі формування та контролю виконання бюджетів усіх рівнів; адміністративні та інші відносини управління за участю суб'єктів господарювання, в яких орган державної влади або місцевого самоврядування не є суб'єктом, наділений господарською компетенцією, і безпосередньо не здійснює організаційно-господарських повноважень щодо суб'єкта господарювання.

Згідно з п. 2 ст. 9 ЦК України законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Тому особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються ГК України (п. 2 ст. 4 ГК України).

Проте прийняття ГК України суттєво погіршило ситуацію щодо питання розмежування правового регулювання суспільних відносин в економіці.

Визначивши, що ГК України окреслює основні засади господарювання в економіці і регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання (ст. 1 ГК України), він охопив і ту сферу правового регулювання, яка стосується цивільно-правових відносин.

Згідно із ГК України, господарська діяльність – це діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготов-

лення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, тобто відносини, які є предметом регулювання цивільного права, що регулює всі майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні і майновій самостійності їх учасників (ст. 1 ЦК України) і мають вартісний характер.

Основною ознакою майнових відносин, що регулюються цивільним правом, Є. Суханов вважає їх товарно-грошовий характер: «Майнові відносини, які мають іншу (нетоварну) природу і, отже, не відповідають вказаним ознакам, не входять до предмета цивільного права і не можуть регулюватися ним»¹.

Хоча ГК України вказує, що майнові та особисті немайнові відносини не є предметом його регулювання, а регулюються ЦК України, проте він містить правові норми, які регулюють договір поставки, договір контрактації сільсько-господарської продукції, договір постачання енергетичних та інших ресурсів через єдину мережу, договір міни та інші схожі договори. Провести розмежування можна, лише взявши за основу положення, що ЦК України регулює всі майнові відносини як товарно-грошові відносини відповідно до ст. 1 ЦК України, тобто відносини, які мають і повинні мати приватноправовий характер. Особливості правового регулювання, зокрема особливості правового регулювання укладення та виконання певних договорів (наприклад статті 712, 713, 714, 715), про які йдеться у п. 2 ст. 9 ЦК України і в деяких його окремих статтях, у сфері майнових відносин мають регулюватися ГК України (п. 2 ст. 9 ЦК України, п. 2 ст. 4 ГК України). Тобто ЦК України є тим основоположним нормативним актом, згідно з яким здійснюється правове регулювання всіх майнових відносин товарно-грошового характеру. Інакше кажучи, він є і законом загальної дії, і спеціальним законом, а особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання регулюються ГК України.

Як приклад можна навести формулювання у ЦК України щодо регулювання договору поставки: «До договору поставки застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлене договором, законом або не впливає з характеру відносин сторін» (ст. 712 ЦК України).

Система цивільного права відображає предмет цивільного права в єдності його інститутів.

Слід сказати, що реалії життя дозволили визначити подальший розвиток цивільного права у його системному виразі. Системноутворюючого значення набули норми так званого корпоративного права (яке регулює відносини, що складаються усередині юридичних осіб), що доповнює загальноприйнятю систему інститутів цивільного права, яка містить: 1) речові право; 2) зобов'язальне право; 3) право інтелектуальної власності; 4) спадкове право; 5) регулювання і захист особистих немайнових благ.

¹ Суханов Е. А. Гражданские отношения, которые регулируются гражданским правом // Гражданское право. – М., 1998. – Т. 1. – С. 27.

Структура цивільного права як галузі права побудована на його системі і включає такі інститути: право власності, зобов'язальне право, спадкове право, право інтелектуальної власності, особисті немайнові права.

Усі ці інститути пов'язані з майновими і особистими немайновими відносинами, які є предметом цивільного права.

Система цивільного права є основою для його диференціації, яка дозволяє певним чином виокремити і згрупувати цивільно-правові інститути.

Основні, загальні для всіх інститутів положення є Загальною частиною цивільного права. У ній зосереджені поняття про виникнення, здійснення і захист цивільних прав, про суб'єкти і об'єкти цивільного права, строки і деякі інші положення. Основою системи цивільного права є ЦК України. У першому розділі ЦК України, який має назву «Основні положення» і входить до книги першої «Загальні положення», містяться норми про відносини, що регулюються цивільним правом, про функції, які виконує цивільне законодавство, про принципи цивільного права і основні риси методу цивільно-правового регулювання, про акти цивільного законодавства, підстави виникнення цивільних прав та обов'язків, здійснення і захист цивільних прав та інтересів, відшкодування збитків і моральної шкоди.

Розділ другий книги першої ЦК України має назву «Особи» і містить норми щодо суб'єктів цивільно-правових відносин. Розділ третій має назву «Об'єкти цивільних прав» і відображає норми, які стосуються об'єктів цивільних прав, розділ четвертий «Правочини. Представництво» містить норми, що стосуються правочинів, представництва, строків, термінів та позовної давності.

Книга друга ЦК України присвячена особистим немайновим правам фізичної особи.

Право власності є основним правом, яке визначає належність речі. Воно належить до категорії речових прав пов'язане з ними, тому книга третя України називається «Право власності та інші речові права».

Книга четверта містить норми права інтелектуальної власності. Вона охоплює виключні права, що стосуються нематеріальних об'єктів, які є результатами творчої діяльності, — творів науки, літератури, мистецтва, винаходів, корисних моделей та ін. Ці норми згруповані в два інститути — інститут авторського права та інститут промислової власності.

Книга п'ята містить розділи, що стосуються зобов'язального права, а книга шоста розглядає спадкове право.

Викладена система цивільного права є структурою галузі цивільного права, окремі її інститути узгоджені й становлять єдину цілісність, яка базується на ЦК України.

Крім інститутів цивільного права, розрізняють певні їх угруповання, що становлять значне зосередження правових норм, диференційованих за принципом їх суті і змісту, і мають назву підгалузей. Це речове право, засноване на належності речей; зобов'язальне право, в якому зосереджені всі інститути,

що стосуються обігу, а також недоговірні інститути; виключні права, де розглядаються питання використання нематеріальних об'єктів, які є результатами творчої діяльності; спадкове право; особисті немайнові права.

Викладене свідчить про особливості цивільного права, ця галузь права є фундаментальною галуззю права. Проте потрібно зазначити велику суспільну значущість цивільного права. Через категорії володіння, користування, розпорядження матеріальними благами розкривається зміст права власності, одного з основних прав людини.

Рух і розвиток суспільства знаменує собою і рух, і розвиток цивільних відносин, і це позначається на змісті цивільного права. Зокрема, змінюється роль і значення управлінських відносин у структурі предмета цивільного права.

У процесі розвитку українського суспільства спостерігається зростання і значення ринкових факторів, проте слід зазначити наявність конфлікту між ринковими і управлінськими відносинами.

Демократичні процеси в суспільстві повинні мати єдину методологічну основу, інакше існує загроза їх розбалансування і зіткнення. У цьому розумінні великого значення набуває спрямованість політики здійснення демократичних реформ. Надмірне захоплення соціальними заходами, бажання все «зрегулювати» призводить до того, що економіка взагалі покидає сферу регулювання з боку держави, незважаючи на добрі наміри.

Існує певний відтінок співвідношення ринкових і управлінських відносин. Управлінські відносини мають «обслуговувати» ринкові і в цьому їх зміст, а не навпаки. Отже, питання пріоритету ринкових відносин беззаперечне. Соціальна політика залежить від стану економіки. Якщо підприємці, які власне рухають економіку, не будуть мати належних прибутків, якщо запанує «зрівнялівка», економіка країни впаде. Якщо в країні не поважається право приватної власності, ця країна багатою не стане ніколи.

Проте ті суспільства, в яких існує децентралізована власність і де гроші на ринку обмінюються на товар, не можуть бути організовані повною мірою відповідно до принципів і раціональності ринкових відносин без врахування ролі держави в управлінні економікою.

Сфера правового досягнення індивідуальних «приватних» інтересів і отримання прибутку в умовах конкуренції повинна бути доповнена сферою захисту інтересів суспільного блага і безпосередньо суспільних інтересів які не розраховані на одержання прибутку і не беруть участі в конкуренції Дуже важливим є визначення цієї сфери, її називають публічною або ж державною.

Ті суспільні інститути, в тому числі і правові, які входять до цієї сфери, повинні мати в розпорядженні грошові доходи, які не виникли в ринковий відносинах, це – примусові платежі або податки.

І тут існування правової держави вимагає існування закону як загально правового інституту, тобто згоди парламенту як представництва громадян.

Окрім цього, відповідні витрати та їх пріоритети мають бути встановлені

в іншому законі (про бюджет), і таким чином вони мають бути закріплені як публічні завдання. Видатні юристи охарактеризовували податкові доходи як «матеріальне існування держави».

Диференціація між публічною сферою і підприємницько-приватною сферою існує як обов'язкова умова в усіх суспільствах, організованих на принципах ринкової економіки. Поряд із диференціацією сфер також необхідна їх взаємозалежність, адже ринок і податкове право зумовлюють один одного.

Для досягнення суспільної мети приватноправова діяльність може бути обмеженою, але баланс приватноправової і публічної сфери не може бути порушеним, інакше під загрозою опиниться майбутнє країни. Для порівняння наведемо ті висловлювання що існують в російській науковій літературі: «Декларовані концепції російського майбутнього у більшості політичних сил країни (мається на увазі Росія. – Я. Ш.) сходяться на тому, ще Росії слід реалізувати модель соціально орієнтованої ринкової економіки... Формування соціально орієнтованої ринкової економіки стикається не лише з відсутністю необхідної матеріальної бази, а й з прямою протидією, часто замаскованими міркуваннями про соціальні пріоритети. У міркуваннях ринкової економіки часто відсутня вимога забезпечити ефективність виробництва»¹.

Соціально орієнтована економіка означає той напрям розвитку країни, коли відбувається поєднання приватноправових і публічно-правових засад.

І цей напрям в економічній політиці має бути підтриманий. На жаль, хоча перехід від командно-адміністративної системи в господарському житті України висунув вимоги докорінних змін у формах власності, проте і досі державна власність має значні пріоритети і одержує підтримку навіть у правових сферах.

Адміністративно-командна система могла зникнути раптово, вона перетвілилася в деяких сучасних нормативно-правових актах, у тому числі й у ГК України. Якщо ми поглянемо на статті 8, 9, 10, 11, 12 цього Кодексу, то побачимо такі поняття, як «господарська компетенція органів державної влади та органів місцевого самоврядування», «економічна і соціальна політика держави», «економічна тактика», «контроль», «стратегія» тощо. Виникає враження, що йдеться не про вільну економіку, яку організують і втілюють вільні люди, а про жорсткі схеми поведінки, визначеної державою, яка стоїть над людиною.

І постає питання, а де ж тоді товарно-грошові відносини, де ринок, до якого ми нібито прямуємо; все має підпорядковуватися тому правовому ключуванню економіки, яке визначає ГК України.

У нинішньому суспільстві постмодерн превалююче значення мають якості людини, її досягнення в галузі культури та освіти, отримання кваліфікації

¹ Микульский К. И. Российское настоящее и будущее : контуры социально-экономической модели. – М, 1999. – С. 17.

на найвищому рівні і власної, саме власної, ролі в суспільстві, у тому числі і в економіці. Цьому напряму розвитку суспільства, а це світовий напрям, найкраще відповідає ЦК України.

Найбільші розходження між Цивільним і Господарським кодексами відбуваються, на жаль, з кардинальних правових інститутів – право власності, юридичні особи, система договорів.

Вчені-господарники весь час намагаються вказати на нібито закономірною існуючу багатоманітність власності і, звичайно, права власності. Але жодного слова в Конституції України про багатоманітність власності не сказано. Йдеться про те, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності (ст. 15 Конституції України), а це зовсім інше.

Що ж до перспектив розвитку власності та права власності, то, як бачимо, приватна власність в історичній перспективі набирає обертів. Згідно зі ст. 325 ЦК України до права приватної власності віднесена не лише приватна власність фізичних, а й приватна власність юридичних осіб. Це означає, що все правове регулювання приватної власності поширюється і на юридичні особи (з певними застереженнями). Згадаємо Земельний кодекс України. Він після довгих дебатів у парламенті визнав право приватної власності на землю, цей найважливіший об'єкт майнових прав.

Наразі потрібно провести не лише повноцінну політичну реформу, а й економічну реформу, яка мала б змінити систему управління державною і комунальною власністю.

Нині ж в Україні з'явилися та існують одночасно два кодекси, які взагалі охоплюють одну правову матерію, але цілком з протилежних позицій – Цивільний кодекс і Господарський кодекс.

Отже, кодифікація правового регулювання майнових відносин свідомо спрямована в кодифікаційному процесі на подвійні стандарти, що дуже шкідливо для народу і держави. Таке становище потребує змін.

Правове регулювання залежить від умов суспільного життя. Одночасно з розвитком суспільного життя розвиваються й правовідносини.

Цивільно-правові інституції мають не лише правовий вплив, вони суттєво впливають на життя окремих людей, а також на організацію і життя суспільства в цілому. Тому їх суспільне значення відбиває вагомим значенням права взагалі.

У процесі створення нового цивільного законодавства на тлі переходу від старого радянського законодавства до нового, яке має відображати реформи законодавства і права, відбулося певне визначення змісту і суті такого переходу. Цивільне право стало формуватися як суто приватне право, яке визначає відносини, що ґрунтуються на рівності учасників (ця умова є беззаперечною) і є самостійними вольовими відносинами, а їх учасники відокремлені один від одного майново і виступають стосовно один одного як сторонні особи.

Еволюція цивільного права, якщо метою його розвитку є успішний еко-

номічний вплив на суспільні відносини, повинна враховувати відмежування приватного права (і цивільного права як його частини) від публічного права, до якого належать галузі права з превалюючим значенням публічного інтересу, такі як управлінське право, адміністративне право, кримінальне право тощо, вплив яких пов'язаний зі здійсненням державних та громадських інтересів і тому становить систему централізованого регулювання відповідних відносин.

Економічні ж відносини ринкового товарообміну передбачають надання їх учасникам максимальної (хоча і безмежної) свободи.

Різниця в підходах щодо регулювання суспільних відносин передбачає різний правовий режим. Приватне право побудоване на засадах координації діяльності юридично рівних учасників, які реалізують власні приватні інтереси. Тому воно є системою децентралізованого регулювання, значною мірою саморегулювання.

На відміну від нього публічне право побудоване на принципах субординації нерівноправних суб'єктів, діяльність яких пов'язана зі здійснення-державних і суспільних (публічних) інтересів.

Отже, з одного боку, координація як метод правового регулювання, з другого – субординація.

Критерій розмежування у правовому регулюванні економічних відносин закладений в об'єктивному праві, у тих його нормах, котрі визначають якими вони бачать ті відносини, що вони регулюють, – юридично рівними до юридично рівних або відносинам: юридично владарюючого до юридично підвладного. Перші – це відносини, що виникають на децентралізованій основі, другі підлягають регламентації на засадах децентралізації.

Це два шляхи еволюції розвитку цивільного законодавства. І вони тісно пов'язані не лише з суттю приватного і публічного права, а й найтісніше з галуззю соціально-економічної політики.

Ринкова економіка передбачає активний обмін матеріальних благ, і їхнє присвоєння здійснюється за допомогою цивільного права, а саме таких його правових інститутів, як право власності, речові права, зобов'язальне право, право інтелектуальні власності.

Розвиток товарообміну ґрунтується на розвитку товарно-грошових відносин, тобто відносин, які у своїй основі мають перехід матеріальних благ від одних осіб до інших. І найголовніше, що цей перехід пов'язаний із такою категорією, як майно, що є предметом майнових відносин.

Слід зазначити, що в розвитку правового регулювання, цивільно-правового регулювання зокрема, сталося змішування ідей, які були висунуті Помаранчевою революцією, та ідей правових установ старого радянського режиму. Не слід говорити про перемоги тих або інших, слід констатувати факт і те, як це позначається на законодавстві. Перш за все страждає правове регулювання майнових відносин, які саме і є справжнім фундаментом суспільних відносин.

Статика і динаміка майнових відносин – це право власності і зобов’язальне право, і вони не мають належної визначеності. Такі проблемні питання, як організація майнового обігу, реалізація і захист власності, спадкування майна мають значення для формування не лише взаємовідносин, а й правовідносин між людьми, і їх недостатнє вирішення має негативні наслідки.

Шкалу цінностей не можна перевертати. Приватне право утверджується та має утверджуватись і надалі, і якщо моменти в децентралізованому правовому регулюванні заважають досягненню економічних успіхів, то це не означає, що від приватного права потрібно відмовитися або кардинально його обмежити.

Як уже зазначалось, місце цивільного права в системі права визначається перш за все предметом його регулювання. Новий Цивільний кодекс до предмета регулювання цивільного права включив особисті немайнові відносини. Це правове регулювання є видом цивільно-правового регулювання, але є його самостійним видом і має солідну правову базу, а саме главу 15 ЦК України «Нематеріальні блага» і книгу другу ЦК України «Особисті немайнові права фізичної особи». У сукупності з правовим регулюванням майнових прав вказане правове регулювання становить правову основу цивільного права, і розгляд місця цивільного права в системі права України має враховувати обидві частини вказаного правового регулювання.

Найгострішим питанням, яке визначає місце нового цивільного права, як воно формулюється згідно зі ст. 1 ЦК України, є питання співвідношення правового регулювання права інтелектуальної власності (глава 35 ЦК України) і речового права власності (книга третя ЦК України «Право власності та інші речові права»). Потрібно чітко розмежовувати нематеріальний результат інтелектуальної діяльності, який є об’єктом виключних прав, і його матеріального носія – об’єкта права власності. Змішування цих об’єктів призводить до розбалансування цивільно-правового регулювання. Яскравим прикладом такого розбалансування може служити змішування авторського права на кінофільм і права на матеріальний об’єкт, на якому фільм знімався, – на кіноплівку, яка є матеріальним носієм фільму. З цього приводу можна сказати, що визначальною є ст. 419 ЦК України, в якій вказується, що право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного, а перехід права на об’єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ.

Висновок такий: право власності на матеріальний носій може належати одній особі, а право використання об’єкта нематеріального права і розпорядження ним – іншій, і нам видається, що це принципове положення має бути більш деталізоване і розвинене у цивільному законодавстві.

Особисті немайнові права становлять новий розділ Цивільного кодексу, тому не дивно, що він потребує детальнішої розробки окремих понять і визначення цих прав з урахуванням цивілістичних підходів, а не тих, з якими зазвичай ці права розглядають, – в аспекті конституційного права. Зокрема,

потрібно розмежовувати власне цивільно-правові підходи, які мають на меті враховувати цивільно-правові поняття автономії волі, справедливості, добросовісність та розумність як засади цивільного законодавства, підстави виникнення цивільних прав та обов'язків (зокрема договори).

Поєднання двох напрямів відносин, які згідно зі ст. 1 ЦК України становлять предмет цивільно-правового регулювання, не означає, що традиційний підхід до цивільного права як такого, що регулює майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, не містить жодних змін у зв'язку з розвитком суспільства. Право приватної власності утверджується в усі часи. Як зазначає С. Алексеев, «інститутом приватної власності, який отримав у результаті буржуазних революцій якість всезагальної домінанти, виявилось органічно зв'язано не просто право, а – згідно з історичним прикладом Давнього Риму – цивільне (приватне) право, яке і «привносить» до приватної власності якість суто персоналістичного явища, абсолютності і виключності юридичних прав, що його виражають»¹. Ця характеристика права приватної власності в умовах нових часів має бути розкрита і доповнена тим, як пов'язується право приватної власності з об'єктами права власності. У зв'язку з цим сьогодні постає категорія майнових прав, які згідно зі ст. 190 ЦК України можуть входити до складу майна поряд із окремими речами і сукупністю речей. Щодо цього в науці цивільного права немає однозначності. Все частіше дискутується думка про те, що «право власності має об'єктом не лише речі, а й права»². Ця думка, вважаємо, заслуговує на підтримку. Об'єктом права власності можуть бути не лише речі (статика майна), а й права вимоги або користування речами (динаміка майнових відносин). Завдяки такому розумінню майнових прав як об'єкта права приватної власності можуть бути вирішені, наприклад, проблеми застави майнових прав. Це дає можливість власнику максимально використати своє майно, бо саме він володіє майновими правами. У зв'язку з цим зміни цивільного обороту закономірно впливають на використання права приватної власності і бажано було б відповідні зміни співвідношення понять обороту і власності відобразити в цивільному законодавстві, вказавши в ч. 1 ст. 4 Закону України «Про заставу» таке: «Предметом застави може бути майно, у тому числі майнові права»³. Деталізація об'єктів права приватної власності у цьому випадку сприяла б сучасному розумінню і розвитку цивільного обороту.

Цікавим є визначення ролі і місця корпоративних відносин серед цивільно-правових відносин, які регулює цивільне право, адже в Цивільному кодексі ці

¹ Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории. – М., 2007. – С. 80.

² Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений – Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. – М., 1998. – С. 115.

³ Нижний С. В. Застава майнових прав як спосіб виконання зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. – К., 2007. – С. 8.

відносини відображені не досить докладно і до предмета правового регулювання (ст. 1 ЦК України) окремо не входять.

Корпоративні правовідносини схожі з відносинами співвласників та інших осіб, які мають спільні права і обов'язки. Проблема корпоративних відносин вивчена ще недостатньо глибоко, існують різні визначення поняття корпоративних відносин. Справді, ці правовідносини є комплексом правовідносин різних за змістом і за юридичною природою. Вони побудовані на основі різних принципів, з різним суб'єктним складом. Завдяки такій складності існують різні визначення корпоративних відносин. Як вказує Є. Суханов, «корпоративні відносини мають місце між учасниками (членами) корпоративних утворень, яким властива якість юридичних осіб, а також між учасниками і самою корпорацією. Підстави виникнення корпоративних відносин різні – участь у засновницькому договорі, вступ до кооперативу, надбання права власності на акції тощо¹.

Оскільки корпоративні права мають на меті майнові інтереси їх носіїв, вони належать до майнових прав, проте в літературі відзначають і наявність правомочностей особистого характеру. Класик цивілістики Г. Шершеневич зазначав, що «в матеріальному значенні, як право участі в підприємстві, акція являє собою необхідний момент в акціонерному товаристві. У свою чергу, це право участі виражається в потрібній формі: а) участь у розподілі прибутку, який дає підприємство; б) участь у розподілі майна товариства при ліквідації його справ; в) участь у управлінні справами товариства. Дві перші правомочності майнового характеру, третя – особистого»².

Проте з підстав виникнення і мети корпоративних відносин можна дійти висновку, що корпоративні відносини при всій їх складності мають цивілістичний характер і входять до цивільного права України.

Розвиток принципів цивільно-правового регулювання, що закладені в ЦК України, передбачає і розвиток цивільного права. Перш за все це стосується таких важливих цивільно-правових інститутів, як право власності, зобов'язальне право, спадкове право. Місце цивільного права в системі права України передусім визначається тим, що воно є приватним правом, яке захищає інтереси фізичних і юридичних осіб, держави, територіальних громад. Держава не втручається в здійснення власником права власності. Власник не може використати своє право власності на шкоду іншим особам, державі.

Цивільні права і обов'язки особа здійснює в межах, установлених договором або актом цивільного законодавства. Такі основні параметри визначення місця цивільного права у суспільстві і в системі права України відповідно до змісту цивільного права і тих правовідносин, які воно регулює.

¹ Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. – 3-е изд. – М., 2006. – Т. 1. – С. 134.

² Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. – СПб., 1908. – Т. 1. – С. 414.

ЗМІСТ ЕВОЛЮЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ПРОБЛЕМА УТВЕРДЖЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ

(упорядники Вікторія Улиганець, Альона Бурка)

1.1. Загальні проблеми розвитку цивільного законодавства і права в українському суспільстві¹

Цивільне право розвивається в системі українського права, отже, становлення і розвиток українського права має безпосереднє відношення до становлення і розвитку цивільного права. Існують різні думки щодо стану і розвитку українського права, серед яких основними є дві: українське право – це право перехідного періоду розвитку держави і суспільства і українське право – це право звичайного еволюційного розвитку держави і суспільства. Обидві думки мають своє обґрунтування, проте нам здається, що остання думка більше впливає з тенденцій і прикладів історичного розвитку, коли суспільний лад формується під впливом поєднання різних аспектів суспільного розвитку і немає підстав стверджувати про наявність якихось меж переходу. Інша річ, що саме розвиток, рух і еволюція суспільства мають певні закономірності, які накладають відбиток на всі складові життя суспільства і визначають його стан як стан переходу всього суспільства (а не лише держави і права) від індустріального до постіндустріального.

Проблема розвитку цивільного права тісно пов'язана з проблемою вибору соціальної моделі суспільства на певному етапі його історичного розвитку і, щоб бути успішною, вона має бути близькою до нашої історичної практики державного будівництва і менталітету суспільства. Проте історична практика має бути значною мірою переглянута. На даний час суспільство вже знаходиться на такій стадії розвитку, коли так званий оновлений соціалізм вже є неможливим. Перехід від соціалізму до сучасної капіталістичної економіки – в наявності. Ринкова модель економіки вже ніким не заперечується, хоча форми і можливості її утвердження викликають великі дискусії. Цивільне право тісно пов'язане з економікою, тому його стан і розвиток наочно відображають всі негаразди, які є в економіці. Говорячи про Росію (яка є близькою до України і за історичним минулим, і за організацією суспільства), С.С. Алексєєв² зазначив щодо неї кризовий стан економіки, який не припиняється, а також соціального життя, втрату перспективи успішного економічного і соціального розвитку країни, формування устрою номенклатурного, напівкримінального

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Зміст еволюції цивільного законодавства і проблема утворення цивільного права в українському суспільстві (С. 5-27). В кн.: Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики» / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Київ: Юридична думка, 2007. 340 с.

² Алексєєв С.С. Юридические конструкции – ключевое звено права // Цивилистические записки: Межвузовский сборник трудов. Москва, 2001. С. 17.

і водночас напівдержавного капіталізму. Риси, що характеризують Росію, не-малою мірою, хоча і зі своїми особливостями, притаманні й Україні, звідси й негативний їх вплив на законодавство, зокрема цивільне. Проте, як і будь-яка галузь законодавства і права, цивільне законодавство і право спираються на Конституцію. Отже, перш ніж аналізувати сучасний стан цивільного законодавства, потрібно звернутися до того, які підстави цивільно-правового регулювання спираються на Конституцію України і як саме вона у своєму регулюванні впливає на цивільно-правове регулювання.

Конституція врегулює не лише державні відносини, а й значно ширший обсяг суспільних відносин, тому її регулятивна функція справляє великий вплив на суспільство. Виходячи з цього, потрібно вказати, що структура Конституції відповідно повинна якнайповніше виражати цю її регулятивну функцію. Тим часом не можна сказати, що структура Конституції вдала. Підходи до вирішення ряду важливих проблемних питань свідчать, що при створенні Конституції її розробники значною мірою керувалися ситуативними міркуваннями, спрямованими на вирішення конкретних ситуацій при обговоренні проекту Конституції, інакше чим можна пояснити той факт, що цілий блок економічних питань, які є підґрунтям будь-якого суспільства, залишилися невизначеними або слабо визначеними? Чому регулятивна функція Конституції не торкнулася економічних засад суспільства, прямо і недвозначно вказуючи на основні віхи розвитку суспільства – приватну власність як основу розвитку промисловості і сільського господарства, всього народного господарства України? Таке становище послугувало причиною появи в майбутньому таких негативних явищ у суспільстві, як реприватизація, що похитнуло стабільність економіки, затримало надходження інвестицій в Україну. Таке становище сприяло тому, що з великими труднощами ледь вдалося позбутися в Цивільному кодексі України (надалі – ЦК) такої форми власності, як повністю безперспективна колективна форма власності (в минулому колгоспна форма власності, хоча колгоспи давно не існують), зосередивши її лише в законодавстві про споживчу кооперацію і як окремих негативний епізод – у Господарському кодексі України (надалі – ГК). Відсутність у Конституції правових норм, які регулюють економічну основу держави Україна, призвело до того, що з'явилися розбіжності між ЦК і ГК, а тим часом Господарський кодекс не мав би суперечити Цивільному, який є основою регулювання майнових відносин і чітко визначає, що в Україні існують лише такі форми власності, як приватна, державна і комунальна. Положень стосовно колективної форми власності ЦК не містить, що є цілком логічним, оскільки «колектив» не є і не може бути суб'єктом цивільного права (і ніколи не визнавався таким), він не є цілісною особою, а становить збір окремих конкретних осіб, із своїм окремим правовим становищем та інтересами.

Ринкова економіка спирається передусім на саморегульовану систему ринкових відносин і водночас високорозвинені країни стимулюють розвиток

економіки, забезпечуючи шляхом державного впливу збереження соціально-політичної стабільності, підвищення життєвого рівня народу.

Перехід від командно-адміністративної системи в господарському житті поставив вимоги корінних змін у формах власності, але певний вплив держави і права на економіку держава неодмінно має зберігати. Тому саме Конституція має сприяти утвердженню поєднання ринкових відносин з регулюючою роллю держави в розвитку економіки, і введення спеціального розділу в Конституцію, який визначає економічну основу держави, є дуже бажаним, його відсутність суттєво відчувається.

У процесі розвитку українського суспільства спостерігається зростання і значення ринкових факторів, проте слід відзначити наявність конфлікту між ринковими й управлінськими відносинами. Демократичні процеси в суспільстві повинні мати єдину методологічну основу, інакше існує загроза їх розбалансування і зіткнення. У цьому плані великого значення набуває спрямованість політики здійснення демократичних реформ. Надмірне захоплення соціальними заходами, бажання все «зрегулювати» призводить до того, що економіка взагалі покидає сферу регулювання з боку держави, незважаючи на добрі наміри.

Існує певний відтінок співвідношення ринкових і управлінських відносин. Управлінські відносини мають «обслуговувати» ринкові, й у цьому їх зміст, а не навпаки. Отже, питання пріоритетності ринкових відносин беззаперечне. Соціальна політика залежить від стану економіки. Якщо підприємці, які, власне, рухають економіку, не мають належних прибутків, якщо запанує «зрівнялівка», економіка країни впаде. Якщо у країні не поважається право приватної власності, то вона ніколи не стане багатою.

Проте суспільства, в яких існує децентралізована власність і де гроші на ринку обмінюються на товар, не можуть бути організовані повною мірою відповідно до принципів і раціональності ринкових відносин без урахування ролі держави й управління економікою.

Сфера правомірного досягнення індивідуальних «приватних» інтересів і отримання прибутку в умовах конкуренції повинна бути доповнена сферою захисту інтересів суспільного блага і безпосередньо суспільних інтересів, які не розраховані на одержання прибутку і не беруть участі в конкуренції. Дуже важливим є визначення цієї сфери. Її називають публічною або ж державною.

Суспільні інститути, в тому числі й правові, які належать до даної сфери, повинні мати в розпорядженні грошові доходи, які не виникли в ринкових відносинах, – примусові платежі, або податки.

І тут існування правової держави вимагає існування закону, тобто згоди парламенту як представництва громадян.

Окрім цього, відповідні витрати і їх пріоритети мають бути встановлені в іншому законі (про бюджет), і таким чином вони мають бути закріплені

як публічні завдання. Видатні юристи охарактеризували податкові доходи як «матеріальне існування держави».

Диференціація між публічною сферою і підприємницько-приватною сферою існує як обов'язкова умова в усіх суспільствах, організованих на принципах ринкової економіки. Поряд з диференціацією сфер також необхідна їх взаємозалежність, адже ринок і податкове право зумовлюють один одного.

Для досягнення суспільної мети приватноправова діяльність може бути обмеженою, але баланс приватноправової й публічної сфери не може бути порушеним, інакше під загрозою може опинитися майбутнє країни. Для порівняння наведемо деякі роздуми, які наводяться у російській науковій літературі. «Декларовані концепції російського майбутнього у більшості політичних сил країни (мається на увазі Росія. — Я.Ш.) сходяться па тому, що Росії слід реалізувати модель соціально орієнтованої ринкової економіки... Формування соціально орієнтованої ринкової економіки стикається не лише з відсутністю необхідної матеріальної бази, а її з прямою протидією, часто замаскованими міркуваннями про соціальні пріоритети. У міркуваннях ринкової економіки часто відсутня вимога забезпечити ефективність виробництва»¹. Соціально орієнтована економіка визначає напрям розвитку цивільного права, коли відбувається поєднання приватноправових і публічно-правових засад. Яскравим прикладом закріплення напрямку порушення взаємодії приватноправової й публічної сфери є ГК.

Прийняття ГК суттєво погіршило становище з урегулюванням питання розмежування правового регулювання суспільних відносин в економіці.

ЦК є тим основоположним актом, згідно з яким здійснюється правове регулювання всіх майнових відносин товарно-грошового характеру, тобто він є законом і загальної дії, і спеціальним законом, а особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання регулюються ГК.

Господарські відносини, до яких звертається ГК, не можуть бути господарськими відносинами взагалі, в загальному сенсі. Це методологічно неправильний підхід, оскільки кожний з аспектів господарських відносин має свої суттєві особливості з предмета регулювання і його методу — діяльність банків відрізняється від діяльності по збору податків, питання реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності відрізняється від зовнішньоекономічної діяльності, а штрафні й оперативно-господарські санкції, що передбачені, наприклад, у гл. 26 ГК, становлять суміш цивільних і адміністративних положень. Тільки й того, що все це стосується одних і тих же суб'єктів (поняття яких теж дуже розмите), а саме тих, що здійснюють господарську діяльність. Ніхто не перешкоджає цим суб'єктам здійснювати господарську діяльність, але лише за цією ознакою не можна створювати цілий кодекс. У результаті — потрібна

¹ Микульский К. И. Российское настоящее и будущее: контуры социально-экономической модели. Москва, 1999. С. 17.

безліч кодексів, які опосередковують усі види діяльності. Отже, з кожного виду цієї діяльності потрібен кодекс, без якого ніяк неможливо визначити, що людині робити. Такий підхід визначає і консервує безпорадність людини і теж саме відбувається в господарських відносинах: ГК орієнтує суб'єктів підприємницької діяльності на технологію і методику виробництва (наприклад, ст. 3), але аж ніяк не є їм дороговказом у суспільних відносинах, які, власне, і складають суспільство і економіку. Отже, як висновок, ГК не потрібен, він лише шкодить розвитку економіки й управлінню нею.

1.2. Кодифікаційні суперечності правового регулювання економічних відносин в Україні

У січні 2003 р. одночасно були прийняті два кодекси – Цивільний і Господарський. Країна довго чекала, коли ж упорядкується правове регулювання економічних відносин в Україні, і це, нарешті, сталося. Ця подія і радісна, і водночас сумна. Чому радісна – зрозуміло, а чому сумна, тому що сталося не так, як мало статися. Замість одного – Цивільного кодексу, який мав стати вершиною ієрархії нормативно-правових актів у майновій сфері країни, – отримали два кодекси, які з різних позицій підходять до правового регулювання одних і тих же питань.

Згідно зі ст. 1 ЦК цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Зверніть увагу на те, як визначений напрям цивільно-правового регулювання. Це напрям свободи волі, вирішення питань на власний розсуд, забезпечення власними силами своїх інтересів. Тобто це напрям, який ставить людину па перше місце. Водночас це й напрям, який вимагає від людини максимального напруження власних сил для вирішення своєї долі. Захищаючи інтереси людини, цивільне право тим самим захищає інтереси всього суспільства.

Що маємо в ГК? Сферу господарських відносин, вказується у кодексі, становлять господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські відносини. Це означає, що господарські відносини, господарська діяльність стоять над людьми. Головним є сам процес здобування матеріальних благ, а не людина, для якої цей процес відбувається.

З цього випливає і відмінність у підходах до правового регулювання економічних відносин, яка історично зумовлена і має ті самі джерела, що й наше суспільство.

Пригадайте адміністративно-командну систему, вона не могла шезнути раптово, вона перевтілилася в деяких сучасних нормативно-правових актах, у тому числі в ГК. Якщо звернутися до статті 8, 9, 10, 11, 12 цього кодексу, то весь час стикаємося з такими поняттями, як «господарська компетенція органів державної влади та органів місцевого самоврядування», «економічна і соціальна політика держави», «економічна тактика», «контроль», стратегія» і т.п.

Зміст еволюції цивільного законодавства і проблема утвердження цивільного права

Складається враження, що йдеться не про вільну економіку, яку організовують і втілюють вільні люди, а про жорсткі схеми поведінки, визначеної державою, яка стоїть над людиною.

І постає питання — а де ж тоді товарно-грошові відносини, де ринок, до якого ми нібито прямуємо — все має підпорядковуватися тому правовому регулюванню економіки, яке визначає ГК.

Але ж хвилиночку! Яка у нас доба? Це не соціалістичний застій, це третє тисячоліття з постіндустріальним суспільством постмодерн, в якому провідну роль відіграють якості людини, її досягнення в галузі культури і освіти, отримання кваліфікації — на найвищому рівні і власної, саме власної ролі в суспільстві, в тому числі в економіці.

Отже, цьому напрямку розвитку суспільства — а це світовий напрям, найкраще відповідає ЦК.

Проте треба враховувати, що суспільство виходить з минулого суспільства, з його адміністративно-нормативної сфери і з тими людьми, які є. Як сказав відомий політик, «маємо те, що маємо». Отже, і суспільство, і нову економіку маємо будувати з урахуванням того, що засади і суспільства, і правового регулювання економіки мають бути переосмислені.

Найбільші розбіжності між ЦК і ГК, на жаль, — щодо кардинальних правових інститутів — права власності, юридичних осіб, системи договорів.

Вчені-господарники весь час намагаються вказати на нібито закономірною існуючу багатоманітність власності, ну і, звичайно, права власності. Але, знов-таки, в Конституції України жодного слова про багатоманітність власності немає. Йдеться про те, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності (ст. 15 Конституції), а це зовсім інше.

Що ж до перспектив розвитку власності і права власності, то ми бачимо, що приватна власність в історичній перспективі набирає обертів. Згідно зі ст. 325 ЦК до права приватної власності віднесена приватна власність не лише фізичних, а й юридичних осіб, що означає, що все правове регулювання приватної власності поширюється і на юридичних осіб (з деякими застереженнями). Погляньте на Земельний кодекс України (надалі — ЗК) — він після тривалих дебатів у парламенті визнав право приватної власності на землю — цей найважливіший об'єкт майнових прав.

Але, знов-таки, повертаючись до ГК, зазначимо, що він не рахується з установленим ЦК правом приватної власності, у тому числі юридичних осіб, і вводить поняття колективної власності (ст. 93 гл. 10), яке своє віджило, будучи заснованим на Законі «Про власність».

Що мається на увазі під колективною власністю? Це колективна власність засновників. Але право власності — це завжди право володіння, користування і розпорядження річчю (майном). Чи здійснює ці правомочності кожен із засновників? Зрозуміло, що ні. Право власності належить юридичній особі, яка

і здійснює його. У 1930-х роках було введено поняття оперативного управління для того, щоб увести в цивільний оборот quasi – юридичних осіб – державні підприємства, оскільки вони не мали права власності. Але нині у нас є повноцінні юридичні особи. Хай вони діють так, як і передбачається, так, як це відбувається в інших країнах. Юридична особа має відокремлене майно, яким володіє на праві власності.

Для цього потрібно провести не лише повноцінну політичну реформу, яка має бути багатоаспектною і багатовекторною, а й економічну реформу, яка повинна була б змінити систему управління державною і комунальною власністю. Можна зазначити, що ЦК і ГК мають суттєві розбіжності, але вони прийняті і повинні поки що діяти. І справа тут не лише в розходженні правових понять, а й у тому, куди кожен з них закликає.

Як висновок: в Україні з'явилися і є чинними одночасно два кодекси – Цивільний і Господарський, які в принципі охоплюють одну правову матерію, але з цілком протилежних позицій. Згідно зі ст. 1 ЦК цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Здавалося, цивільне законодавство успішно прямує до громадянського суспільства. Але ж ні! Перепорою йому став ГК, який намагається зайняти чільне місце у типовому регулюванні майнових відносин, ввівши терміни «господарювання, господарська діяльність» та інші, і прямо зазіхаючи на сферу дії ЦК.

Що ми маємо в ГК? Майже тавтологію, якщо поглянути з боку предмета регулювання, а не методу: його ст. 4 п. 5 вказує: господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. І що ж входить до поняття і господарської діяльності? Згідно зі ст. 3 ГК під господарською діяльністю мається на увазі діяльність суб'єктів господарювання в сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають ціпове визначення.

Це ніщо інше, як виконання і здійснення цивільно-правових договорів, спрямованих на передачу майна у власність (купівля-продаж, дарування, міна тощо), на передачу майна у тимчасове користування (лізинг, оренда тощо), договорів про надання послуг (комісія, перевезення тощо), договорів на виконання робіт (зокрема, підряду) та інші, які містяться у ЦК – розділ «Окремі види зобов'язань», і вони ж містяться відповідно в розділі «Особливості правового регулювання в окремих галузях господарювання» кодексу.

Отже, кодифікація правового регулювання майнових відносин свідомо спрямована в кодифікаційному процесі на подвійні стандарти.

Постає запитання: а для чого, з якою метою це робиться? На це можна відповісти: так би мовити, «собака зарита» в намаганні утвердити пріоритет господарсько-правового регулювання, використавши для цього статтю 9 ЦК,

Зміст еволюції цивільного законодавства і проблема утвердження цивільного права

в якій вказується, «що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання». Нібито незначне слово «особливості регулювання майнових відносин» на ділі перетворюється на заміну цивільно-правового регулювання майнових відносин, бо особливості визначаються такими, що знаходять місце в спеціальному законі, а, як відомо, спеціальний закон має перевагу над загальним.

Насправді, це означає докорінну зміну сутності і змісту правового регулювання майнових відносин.

Саме приватноправове регулювання становить сутність цивільно-правового регулювання, коли фізична або юридична особа є основною суспільною цінністю, і зовсім по-іншому визначається суспільна цінність господарсько-правового регулювання, яке виходить з того, що домінуючим є державний сектор, з чого й випливають усі особливості правового регулювання господарської діяльності.

Зрозуміло, до яких згубних наслідків у цивільному праві, цивільному законодавстві й урешті в самому суспільстві може призвести утвердження подібної позиції. Ось приклад: останнім часом можна спостерігати появу у Верховній Раді України законопроектів, сама назва яких свідчить про їх спрямування: «Про повернення майна базових галузей народного господарства, що знаходяться у власності громадян і юридичних осіб, у власність держави (націоналізацію)», «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» та інші. Ці проекти розроблені за повної відсутності узгодження з Цивільним кодексом України і з Конституцією України, які утверджують положення про непорушність права приватної власності. Так, законопроект про реконструкцію застарілого житлового фонду передбачає примусове відчуження проводити без урахування корінних інтересів власника житла. Так звана згода власника на компенсацію у вигляді квартири (при його виселенні) є часто номінальною, його просто ставлять перед фактом необхідності переселення. При цьому грошове відшкодування вартості житлового приміщення застосовується виключно примусово і розглядається як викуп при відчуженні. У тексті проекту вказується, що «метою націоналізації є дотримання історичної справедливості – повернення у загальнонародне надбання майна, що було нелегітимно привласнено приватними особами». Весь зміст ст. 5 проекту – це проголошення націоналізації єдиним безальтернативним шляхом подальшого розвитку України. Націоналізація за проектом матиме характер масштабного наступу па приватну власність, яка просто втратить будь-який зміст і перетвориться на «особисту власність», що існувала за часів Радянського Союзу. Це ігнорування і прав приватної власності, і Конституції.

Тому правове регулювання, побудоване па Господарському кодексі, не має належної перспективи. Тим часом намагання поєднати обидва кодекси завдає великої шкоди ЦК і цивільним правовідносинам, які на ньому засновані, оскільки сили, які підтримують господарсько-правове регулювання, всіляко

перешкоджають належному розвитку цивільного права і цивільного законодавства, у твердженню дійсно справедливих засад права приватної власності, які своєю законною підставою мають Конституцію України.

1.3. Методологічні засади права власності і права інтелектуальної власності

Методологія приватного права передбачає єдність принципів приватного права в сукупності його інститутів. Приватне право має за мсту захист інтересів приватної особи, правове регулювання, засноване на принципах координації суб'єктів, абсолютну перевагу диспозитивних норм, максимальне використання при правовому регулюванні принципу вирішення питань відповідно до власного розсуду.

Ці характеристики приватного права зумовлюють і розв'язання правових проблем, пов'язаних з інститутами приватного права, зокрема права власності.

Новий ЦК має змінити досить значну кількість нормативно-правових актів, які регулюють право власності, і визначити засади, по яких має здійснюватись регулювання права власності в даний час і в майбутньому. Значення нового ЦК полягає в тому, що він має стати вершиною ієрархії нормативно-правових актів і у відповідності з ним мають створюватися й діяти інші нормативно-правові акти. З цього випливає, що нормативно-правові акти, які нині регулюють право власності, повинні бути досконально переглянуті, значна частина їх має бути скасована чи змінена.

Постає питання, в якому ж спрямуванні повинно створюватися нове законодавство про власність, які засади пропонує щодо цього новий ЦК. На жаль, новий ЦК дає можливість дуже різних, навіть протилежних тлумачень щодо цього.

Почнемо з поняття права власності. У ст. 31 наводиться лише позитивний бік права власності – те, що характеризує якісну складову права власності – це право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону зі своєї волі незалежно від волі інших осіб.. Негативна складова права власності – заборона будь-якого обмеження волі власника щодо здійснення права власності, непорушність права власника, хоча й зафіксована у ст. 391 кодексу, проте не розглядається як така, що впливає з самої сутності права власності, інакше навряд чи у кодексі з'явилася б норма, яка дозволяє в абсолютному праві власності допускати можливість допущення до користування майном власника інших осіб, до якого власника може бути зобов'язано, хоча й є застереження, що це може робитися лише у випадках і в порядку, встановлених законом (п. 7 ст. 319). Отже, маємо обмеження волі власника, і це означає, що закладена методологічна основа права власності, яка допускає можливість втручання держави або інших осіб у право, яке в дійсності має бути абсолютним.

Виходить, що є і має бути залежність права власності від того, які обмеження його встановить закон (а це можуть бути найрізноманітніші обме-

ження), отже, сам власник може бути обмежений волею інших осіб, потрібно лише, щоб вона була освячена волею закону. Це означає певні винятки в абсолютному характері права власності, й до такого розвитку права власності потрібно бути готовим.

Це становище зрозуміле з огляду на те, в якій державі це право існує. Згідно зі ст. 1 Основного Закону Україна є суверенною, незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою. Отже, поняття соціальної держави охоплює й те, що в державі задовольняються соціальні потреби людей, враховуються соціальні відмінності. Не меншою мірою це стосується права власності. Правове регулювання права власності має відображати ці соціальні відмінності, враховувати соціальні інтереси людей. Ще І. О. Покровський вказував на суперечливість самої сутності права власності, особливо права власності на нерухомість: «Система централізації і приватної власності значною мірою стимулює особисту ініціативу й особисту енергію... саме тому принцип вільної індивідуальної власності переміг в історії принцип первісного колективізму. Але водночас є й інший бік питання, а саме загальне, загальнонаціональне значення нерухомості, завдяки чому перед правом стоїть безмежно важке завдання – узгодження двох протилежних тенденцій»¹.

Визначення в законодавстві саме таких двох тенденцій, їх узгодження допоможе виявити методологічні основи створення ПО-НИК) законодавства про власність і право власності, сформулювати і створити систему нормативно-правових актів, які стосуються розвитку права власності, зокрема тих, які стосуються таких і владних об'єктів права власності, як цінні папери, майнові права, право власності юридичних осіб, охорону права власності та Інші.

Не менше значення має висвітлення розуміння права власності п розрізі тих відносин, які воно породжує. Щодо цього новий ЦК не вносить ясності, що не дає змоги методологічно визначити напрям, в якому у правових нормах має висвітлюватись зміст права власності.

Наукове визначення права власності містить у собі всі ознаки відмінностей цього права від інших прав і його характерні особливості. Найважливішим є те, що право власності означає необмежене і виключне панування особи над річчю (майном), право власності є відношення особи до речі. Це визначення визначає особу людини, її свободу. Але цього принципового визначення немає в кодексі. Як немає в ньому і визначення правомочностей, які складають його зміст: право володіння, користування і розпорядження лише проголошуються (ст. 319 ЦК). Методологічно було б правильно розкрити суб'єктивне розуміння права власності – це характеризувало б право власності з боку людини як суб'єкта права власності – її можливостей щодо здійснення права володіння, користування і розпорядження.

Стосовно цього повертає до себе увагу положення кодексу про те, що

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва, 1998. С. 204.

власність зобов'язує. Методологічно цей теоретичний напрям має бути розвиненим і розробленим для того, щоб він міг бути втіленим у нормах права. Поки що положення про те, що «власність зобов'язує» вирішується лише в трьох правових нормах кодексу – ст. 322 «Тягар утримання майна», ст. 323 «Ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна», ст. 319 (п. 5) – власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Можливо, слід було б розвинути ті моменти положення «власність зобов'язує», які розкривають зобов'язальний характер власності і права власності з боку моральних аспектів існування права власності, впливу його на суспільні взаємовідносини різного роду між людьми і на долю вже існуючих обмежень права власності, а також шляхів появи нових обмежень на користь окремих осіб (наприклад, враховуючи їх сімейний стан) і спільного добробуту.

До кінця ХХ ст. визначилося положення про первинність особистості й моралі щодо ринку, власності та прибутку, яке констатували міжнародні організації й відзначили вчені-філософи і соціологи¹. Проте слід вказати, що відбулася трансформація влади і поєднання її з власністю, завдяки чому посилилися суперечності переходу до постіндустріальної фази розвитку суспільства, де в основі засобу виробництва закладена якість людського потенціалу. У зв'язку з цим слід вказати на роль права інтелектуальної власності.

У розвитку суспільства значну роль відіграє право інтелектуальної власності, яке є невід'ємною складовою цивільного права, але при цьому цивільне право суттєво розмежовує право власності і право інтелектуальної власності.

Цивільне законодавство дає достатньо підстав для розмежування права інтелектуальної власності та права власності. У ст. 419 ЦК встановлено принципове положення, що право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного; у ст. 316 надається формулювання права власності і вказується, що «правом власності є право особи на річ (майно)»; в ст. 418 вказується: «Право інтелектуальної власності – це право особи на результати інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений цим Кодексом та іншим законом».

Особливо яскраво проявляється несумісність поняття права власності з поняттям права інтелектуальної власності в авторському праві, яке є складовою права інтелектуальної власності. Наприклад, зустрічаємо твердження, що результати творчої діяльності можуть бути визнані об'єктами права інтелектуальної власності, а жодного порядку такого визнання законом не передбачено. Відповідно до ст. 437 ЦК України авторське право виникає з моменту створення твору. У Законі України «Про авторське право і суміжні права»

¹ Матеріали міжнародної научної конференції «Соціальні моделі общества в період от соціально орієнтованной рыночной экономики: принципы, практика, перспективы», 29 сентября – 1 октября 1999 г. Москва: Российская академия наук, 2000.

говориться, що для виникнення і здійснення риторського права реєстрація твору не вимагається (ст. 11). Не вимагається вона і для суміжних прав. Так само не потребують заявок і реєстрації фірмові найменування (ст. 8 Паризької конвенції і охорони промислової власності).

Одним з основоположних принципів положень, які відрізняють право інтелектуальної власності від права власності, і положення про об'єкт правового регулювання. Фундаментальні засади права інтелектуальної власності і права власності різні. Речово-правовий режим власності використовується в історії протягом століть щодо матеріальних об'єктів, включаючи традиційні правомочності володіння, користування і розпорядження, але усі об'єкти інтелектуальної власності – не тілесні. До них неможливо доторкнутися і чуттєво сприйняти. У них інший правовий режим і всі правомочності права власності – володіння, користування і розпорядження для них непридатні або застосовуються зовсім інакше – це впливає із особливостей об'єктів права інтелектуальної власності. Стосовно продуктів інтелектуальної творчості має діяти режим виключних прав.

Суттєвим є те, що характерною рисою речового права власності є те, що воно безстрокове, чого зовсім не можна сказати про право інтелектуальної власності, де права авторів і винахідників обмежені в часі, а також те, що визначення об'єктів права інтелектуальної власності проводиться шляхом вказівки на них у законі, а не інакше.

Особливістю виключних прав є не та якість присвоєння, що властива праву власності, а характер виникнення і використання, точніше, правовий режим використання, що й зумовлює особливість існування в цивільному праві права інтелектуальної власності, яка є вираженням виключних прав автора твору чи технічного нововведення.

Закономірним є висновок, що суб'єкт права інтелектуальної власності невід'ємно поєднаний з його самовираженням у творчості, що і зумовлює появу у нього виключних прав, які потребують окремого правового регулювання і правового режиму, що пов'язаний з його особою – це не тільки право на ім'я, право па авторство, а й виключне право на використання результатів творчості.

Зокрема, у Договорі ВОІВ з авторського права (прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р.) у ст. 2, присвяченій сфері авторсько-правової охорони, прямо вказується, що авторсько-правова охорона поширюється на форму вираження, а не на ідеї, процеси, методи функціонування чи математичні концепції як такі. Отже, форма вираження і права на продукти творчої діяльності розрізняються.

У ст. 6 згаданого Договору ВОІВ з авторського права визначено право автора на розповсюдження своїх творів, згідно з яким автори літературних і художніх творів користуються виключним правом дозволяти доведення до загального відома оригіналу і примірників своїх творів, яке саме відбувається

шляхом продажу або іншої передачі права власності на ці об'єктивовані вирази творчості автора. Отже, знову маємо розмежування виключних прав, пов'язаних з творчою діяльністю, і права власності щодо об'єктивованих форм, у яких об'єкт творчої діяльності відображений.

Проектуючи зміни до чинного законодавства, не слід забувати, що витоки законодавства України про охорону прав на об'єкти інтелектуальної власності лежать у міжнародних конвенціях і договорах з питань охорони прав інтелектуальної власності та модельних законах ВОІВ, розроблених відповідно до міжнародних конвенцій, що співзвучно гармонізації законодавства України з законодавством ЄС. Тому перш ніж вносити пропозиції щодо вдосконалення національного законодавства про інтелектуальну власність, доцільно було б проаналізувати, чи не впливають вони безпосередньо із міжнародних актів, які стали частиною національного законодавства відповідно до Конституції України. Якщо це так, то нові закони знов-таки повинні спиратися на ті ж самі міжнародні норми і в регулюванні нічого суттєвого не зміниться, а до архаїки, так званої пропріетарпої теорії, яка ставить знак рівності між правом інтелектуальної власності і правом власності, ніхто не повернеться, адже настав час постіндустріального суспільства, яке вимагає «олюднення» права, його розвитку на основі сучасних досягнень та цінностей цивілізації, гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу.

1.4. Проблеми і перспективи розвитку права приватної власності

Право приватної власності пов'язане з такими поняттями, як об'єкт і суб'єкт права, і в такому розрізі відбувається правове регулювання права приватної власності.

Радянський період і в Україні, і в інших державах СНД відзначався тим, що право приватної власності заперечувалось. У результаті ідеологізації права вважалося, що право приватної власності пов'язане з експлуатацією трудящих, тому в Конституції СРСР і в Конституції України (УРСР) право приватної власності не визначалося, була особиста власність.

Перехід від поняття особистої власності до поняття приватної власності і відповідно – від поняття права власності до поняття права приватної власності не був чітким і визначеним. Лише останніми роками спочатку з появою проекту нового ЦК, а потім вже після прийняття нового ЦК почали чітко визначатися напрями правового регулювання права приватної власності.

Треба сказати, що сутність права приватної власності, яка визначається характером присвоєння, в цивільному законодавстві України не встановлена. Надано лише два критерії поняття права власності (взагалі): перший – особа здійснює право власності відповідно до закону за своєю волею; другий – здійснює незалежно від волі інших осіб. Ці критерії є значущими і для визначення сутності права приватної власності.

Хоча в юридичній літературі панує думка, що юридично існує одне право

власності з єдиним, однаковим для всіх власників змістом, у якого можуть бути лише різні суб'єкти, проте, нам здається, що такий підхід не дає належної можливості характеризувати право власності з боку сукупності його різних видів, які пов'язані з різним суб'єктним складом права власності, властивого кожному з видів¹.

Цивільне законодавство України знає як суб'єктів права власності український народ, фізичних і юридичних осіб, державу Україна, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права (статті 2, 318 ЦК). Зокрема, у ст. 318 ЦК говориться про суб'єктів права власності. У ст. 2 ЦК визначені учасники цивільних відносин – фізичні та юридичні особи. Крім того, учасниками цивільних відносин є держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти цивільного права (ч. 2 ст. 2 ІДК). Крім Автономної Республіки Крим, усі вони є суб'єктами права власності. Це означає, що учасники цивільних відносин можуть мати право володіння, користування і розпорядження майном. Не можуть мати права власності об'єднання громадян, які не є юридичними особами, бо, отже, тільки юридичні особи є учасниками цивільного обороту. Автономна Республіка Крим, яка не є державним утворенням, здійснює управління належним їй майном (п. 3 ст.138 Конституції України).

Своєрідним суб'єктом права власності є український народ. У ст. 324 ЦК визначається об'єкт права власності українського народу – земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони. Проте характеристика українського народу як суб'єкта права власності не надається. Насправді, український народ поєднує дві якості – як суб'єкта публічного права і як суб'єкта приватного права. Щодо цього принциповою, на нашу думку, є вказівка Є.О. Суханова, який зазначає: «Держава та інші публічно-правові утворення в цивільно-правових відносинах виступають на рівних засадах з іншими їх учасниками – громадянами і юридичними особами. Це означає, що вони не вправі використати тут ніякі свої владні повноваження стосовно інших учасників (контрагентів). За порушення цивільних прав або невиконання обов'язків до публічно-правових утворень у судовому порядку можуть бути застосовані звичайні міри майнової відповідальності»².

Особливість здійснення права власності в цьому випадку полягає в тому, що його проводять органи державної влади від імені українського народу. Правомочності володіння, користування і розпорядження здійснюють органи державної влади або у відповідних випадках згідно з Конституцією органи місцевого самоврядування. Усе залежить від того, від імені кого здійснюються ці правомочності. Якщо від імені українського народу, то це є вираженням

¹ Гражданское право. Москва, 1998. Т. 1. С. 482.

² Гражданское право. Москва, 1998. Т. 1. С. 281.

власності українського народу, якщо від імені держави, то маємо справу з уособленням права державної власності.

Усі суб'єкти прана власності є рівними перед законом і усім власникам забезпечуються рівні умови реалізації своїх прав. Рівність суб'єктів цивільних правовідносин, яка є основою цивільно-правового регулювання, проявляється не лише в рівності прав при здійсненні права власності, а й у його захисті. Згідно зі ст. 386 ЦК держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності. Рівні права усіх власників є основою для побудови відносин між власниками і рівності прав учасників цивільних правовідносин. Проте власник повинен дотримуватися правил, згідно з якими ті чи інші об'єкти не можуть знаходитися у власності тих чи інших суб'єктів цивільних правовідносин. Це стосується окремих видів майна. Згідно з Постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна від 17 червня 1991 р. (з наступними змінами і доповненнями)» введено перелік видів майна, що не може знаходитись у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та інших юридичних осіб інших держав на території України, та «Спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна», який міститься у додатках № 1 і № 2. До цього переліку належать речі, застосування яких є небезпечним для суспільства. Це бойова і спеціальна військова техніка, вибухові речовини, зброя, радіоактивні речовини. Деякі речі можуть набуватися лише з дотриманням спеціального порядку набуття громадянами права власності. Це стосується вогнепальних мисливських гвинтівок, деяких видів пневматичної зброї, пам'яток історії і культури та ін.

Головним чинником обмеження права власності є необхідність дотримання забезпечення суспільних інтересів у поєднанні з приватними. Але це обмеження може здійснюватися лише на підставі закону.

Правомочності, що становлять зміст права власності – володіння, користування і розпорядження, – визначені в українському цивільному законодавстві (ст. 317 ЦК). Але зміст кожної з правомочностей пов'язаний безпосередньо з об'єктом права власності, що належить певному суб'єкту, і саме особливості цього суб'єкта впливають на характер кожної з правомочностей та характер її зв'язку з об'єктом. Тому сутність права власності, яка пов'язана з економічною категорією присвоєння, проявляється у визначенні можливостей кожного з суб'єктів у своїй поведінці реалізувати ці правомочності, і хоча закон вказує, що усі суб'єкти права власності є рівними перед законом (ст. 318 ЦК), належність матеріальних благ певним суб'єктам не ідентична.

У зв'язку з цим слушною є думка К.І. Склоновського, який зазначає: «Ми вважаємо власність відображенням особистості власника. Не може бути, щоб позбавлення особистості її основних юридичних якостей не відбилося на її здатності впливу, втілення в належному їй речовому світі, на її речовій владі, тобто на праві власності»¹.

¹ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. Москва, 2000. С. 130-131.

Зміст еволюції цивільного законодавства і проблема утвердження цивільного права

Таке розуміння права власності має, вважаємо, визначальне значення для розмежування права приватної власності та права державної власності. Особливого значення набуває це розмежування при укладенні правочинів, де постає питання про належність майна приватній особі чи державі, яка може виступати і як приватна особа, і як держава-суверен, яка чинить дії в економічному обігу. Від визначення правового становища суб'єктів права власності залежить визначення належності майна і відповідальність за позовами. Законодавчо це питання в Україні прямо не вирішується.

Право приватної власності за змістом тісно зв'язане з характером суспільних відносин. У даний час можемо сказати, що настав переломний період.

Необхідність права приватної власності зумовлена не лише історичним розвитком суспільства, а й його сучасним станом. Ніяке інше право так не пов'язане з правами людини, як право приватної власності. На персоналістичну природу власності як приватної вказує С.С. Алексєєв¹. Треба зазначити, що сукупність правових норм, які містяться в Конституції України і ЦП і які спрямовані на регулювання відносин власності, передусім створює цивільно-правовий інститут власності, і право приватної власності є складовою цього інституту.

Важливою особливістю права приватної власності є його непорушність (ст. 321 ЦК), тому намагання адміністративних органів обмежити його як сутність так і здійснення, суперечать усьому ходу історичного розвитку України і заслуговують однозначного засудження на практиці. З цього приводу слід вказати на принципову позицію Конституційного Суду України щодо вирішення спору про житло, виражену в Рішенні Конституційного Суду по справі № 1-2 / 2004 від 2 березня 2004 р. № 4 рп /2004². Вона є показовою з погляду утвердження в Україні засад захисту невід'ємних прав людини, права приватної власності. Йдеться про житлові права людини й про неможливість їх порушення ні під яким приводом. Набуте громадянами право на квартири державного житлового фонду та належні до них допоміжні приміщення є непорушним (ст. 41 Конституції України), забезпечується державою і захищається судом (ст. 55 Конституції України).

Намагання органів державної адміністрації та органів місцевого самоврядування обмежити право приватної власності громадян на житло всупереч закону за власною ініціативою Конституційний Суд засудив, чітко підтвердивши законні права громадян: «Допоміжні приміщення (підвали, сараї, кладочки, горища, колясочні та ін.) передаються безоплатно у спільну власність громадян одночасно з приватизацією ними квартир (кімнат у квартирах) багатоквартирних будинків. Підтвердження права власності на допоміжні приміщення

¹ Алексєєв С. С. Гражданское право в современную эпоху. Москва, 1999. С. 21.

² Урядовий кур'єр. 2004. 17 березня.

не потребує здійснення додаткових дій, зокрема, створення об'єднання спів-власників багатоквартирного будинку, вступу до нього».

Отже, право приватної власності громадян більше, ніж інші види права власності, визначені особливостями їх суб'єктів, потребує законодавчого і судового захисту; право державної власності – законодавчого регулювання; а право власності публічно правових утворень – правового визначення їх участі у приватних відносинах і в економічному комерційному обігу як усередині держави, так і поза її межами.

1.5. Визначення параметрів ефективності законодавства як основи для розвитку цивільного законодавства і права

Є багато підходів до визначення ефективності законодавства, проте апофеозом досягнення ефективності законодавства є досягнення суспільної мети, яка полягає в: (1) побудові громадянського суспільства; (2) захисті прав людини; (3) зміцненні правопорядку; (4) втіленні норм, яке відповідало б закону; (5) реалізації політики ринкової трансформації національної економіки України, розвитку вітчизняного підприємництва і відносин права приватної власності.

Ефективність правового регулювання – це його дієвість, результативність, тобто здатність справляти вплив на суспільні відносини в певному, корисному для суспільства напрямі. Виникає запитання: що треба розуміти під корисним для суспільства напрямом? На це запитання відповідь є неоднозначною. У державній політиці не відчувається чіткого інтересу до переорієнтації розвитку суспільних відносин на розвиток приватної власності та приватного права. Залишення старої системи економічних відносин далеко не байдуже для суспільства, як і для цивільного законодавства. Це той самий застій, але з наданням деяких можливостей для розвитку товарно-грошових відносин. Цивільне право не може належно розвиватися у такій атмосфері. Існує також реальна загроза відновлення станової системи відносин, побудованої на гіпертрофованій ролі управління й управлінських відносин, що означає, по суті, кінець для справжніх товарно-грошових відносин, а саме вони є предметом регулювання цивільного права і цивільного законодавства.

Для ефективності законодавства й утвердження верховенства права велике значення має те, як складається система права. На жаль, у цілісну систему право України поки що не склалося.

Однією з суттєвих рис українського суспільства на сучасному етапі є те, що, зокрема, в галузі цивільного права великого значення набуває судова практика. Намітилася певна тенденція зростання ролі судової практики не лише в тлумаченні законів, що їй загалом було властиво, а й у творенні правових норм.

Системи прецедентного права в країнах колишнього Союзу не існувало, і вона нам не властива (до речі, це вельми складна система, яка існує за своїми

правилами), отже, йдеться фактично про те, що суди відступають від положень закону або ж обходять їх. Такий порядок не може слугувати прикладом здійснення принципу верховенства права, бо фактично це його порушення.

Нормативність як невід'ємна якість права ще не знайшла належного вираження, зокрема і в цивільному праві, і це є його істотним недоліком. Як наслідок соціальні цінності і ефективність законодавства неминуче знижується. Це відбувається й через те, що досі залишається невизначеним порядок правотворчості, не вироблені загальні засади правової політики у сфері законодавства. Цивільне законодавство безнадійно відстає в галузі визначення пріоритетів правового регулювання. Як була особа – фізична чи юридична – захищеною в обстоюванні своїх інтересів, так і залишається.

Немає належного правового регулювання у сфері права власності – як приватної, так і державної та комунальної. Відсутнє належне правове регулювання договорів у сфері підприємницької діяльності.

Ефективність дії правових норм немало залежить від їх реального виконання. І тут основне не тільки в належній роботі відповідних органів, що само по собі становить певну умову. Причини тут значно глибші. Рішення суду може бути винесене, навіть може вступити в законну силу, а не сприйматиметься людьми, з якими воно пов'язане, і їх оточенням як законне. Це дуже важливо для ефективності правових норм. Це рішення відштовхується свідомістю людей, яких стосується, а також іншими людьми, що про нього знають, і сам закон сприймається негативно.

За сучасної загальної нестабільності законодавства і певної кризи влади часто трапляються випадки, коли цивільний закон «приспосовується» до потреб окремих владних осіб, бо саме цивільний закон регулює основний масив майнових відносин, навколо яких зосереджуються найбільш істотні інтереси.

Це стосується надання земельних ділянок, їх вилучення, надання приміщень для різних офісів, скасування договорів оренди, питання зносу житлових будинків і надання інших приміщень, питання визначення права власності на нерухоме майно, яке в умовах товарно-грошових відносин та ще за зростаючої інфляції набуває неабиякої цінності, та інші подібні питання, вирішення яких потребує дотримання режиму законності, а реальне відтворення норм переростає в невід'ємний супровідний елемент ефективності дії закону. Таким чином, відбувається не зміцнення авторитету закону, а навпаки, його розхитання. Розхитаний же закон, як відомо, ніякою ефективністю не володіє – він нікого не захищає і нічого не гарантує. А про верховенство права може при цьому йтися?

Зауважимо також, що судова влада як гілка влади формується дуже повільно. Принцип верховенства права у судовій діяльності дотримується незадовільно. Це шкідливо впливає на застосування законодавства, а також на формування нового цивільного права.

ПРАВО ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ¹

(упорядник Ксенія Рогожа)

Право приватної власності пов'язане з такими поняттями, як об'єкт і суб'єкт права, і в такому розрізі і відбувається правове регулювання права приватної власності.

Радянський період і в Україні, і в інших державах СНД відзначався тим, що право приватної власності заперечувалось. Завдяки ідеологізації права вважалося, що право приватної власності пов'язане з експлуатацією трудящих, тому в Конституції СРСР і в Конституції України (УРСР) право приватної власності не визначалося: була особиста власність.

Перехід від поняття особистої власності до поняття приватної власності і, відповідно, від поняття права власності до поняття права приватної власності не був чітким і визначеним. Лише в останні роки — спочатку з появою проекту нового Цивільного кодексу (ЦК) України, а потім вже після його прийняття почали чітко визначатися напрямки правового регулювання права приватної власності.

Треба сказати, що сутність права приватної власності, яка визначається характером присвоєння, в цивільному законодавстві України не встановлена. Дано лише два критерії поняття права власності (взагалі): 1 — особа здійснює право власності відповідно до закону за своєю волею; 2 — особа здійснює право власності незалежно від волі інших осіб. Ці критерії вагомі і для визначення сутності права приватної власності.

Хоча в юридичній літературі панує думка, що юридично існує одне право власності з єдиним, однаковим для всіх власників змістом, у якого можуть бути лише різні суб'єкти², проте, нам здається, що такий підхід не дає належної можливості характеризувати право власності з боку сукупності його різних видів, які пов'язані з різним суб'єктним складом права, притаманного кожному з видів.

Цивільне законодавство України знає в якості суб'єкта права власності Український народ, фізичних і юридичних осіб, державу Україна, територіальні громади, іноземні держави та інших суб'єктів публічного права (ст. ст. 2, 318 ЦК).

Зокрема, стаття 318 говорить про суб'єктів права власності. У ст. 2 ЦК визначені учасники цивільних відносин: фізичні та юридичні особи. Крім того, учасниками цивільних відносин є також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Право приватної власності в Україні: проблеми і перспективи // Українське комерційне право. № 5, 2004. С. 19-24.

² Див.: Гражданское право: 2-е изд. Москва, 1998. Т. 1. С. 482. (Автор глави Є.О. Суханов).

цивільного права (ч. 2 ст. 2 ЦК). Крім Автономної Республіки Крим, всі вони є суб'єктами права власності. Це означає, що зазначені учасники цивільних відносин можуть мати право володіння, користування і розпоряджання майном. Не можуть мати права власності об'єднання громадян, які не є юридичними особами, бо тільки юридичні особи є учасниками цивільного обороту. Автономна Республіка Крим, яка не є державним утворенням, здійснює управління належним їй майном (п.3 ст. 138 Конституції України). Своєрідним суб'єктом права власності є Український народ. У ст. 324 ЦК вказується на об'єкт права власності Українського народу – земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони. Проте характеристика Українського народу як суб'єкта права власності не дається. В дійсності Український народ поєднує дві якості – як суб'єкта публічного права і як суб'єкта приватного права.

З цього приводу принциповим, на наш погляд, є зауваження Є.О. Суханова: «Держава та інші публічно-правові утворення в цивільно-правових відносинах виступають на рівних засадах з іншими їх учасниками – громадянами і юридичними особами. Це означає, що вони не мають права використати тут ніякі свої владні повноваження щодо інших учасників (контрагентів). За порушення цивільних прав або невиконання обов'язків до публічно-правових утворень в судовому порядку можуть бути застосовані звичайні міри майнової відповідальності»¹.

Особливість здійснення права власності в цьому випадку полягає в тому, що його проводять органи державної влади від імені Українського народу. Правомочності володіння, користування і розпоряджання здійснюють органи державної влади або у відповідних випадках згідно з Конституцією – органи місцевого самоврядування. Все залежить від того, від імені кого здійснюються ці правомочності. Якщо від імені Українського народу, то це є вираженням права власності Українського народу, якщо від імені держави, то ми маємо справу з уособленням права державної власності. Розмежування відбувається відповідно до об'єктів права власності.

Усі суб'єкти права власності є рівними перед законом і усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав. Рівність суб'єктів цивільних правовідносин, яка є основою цивільно-правового регулювання, виражається не лише в рівності прав при здійсненні права власності, але й в його захисті. Згідно з ст. 386 ЦК держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності. Рівні права усіх власників є основою для побудови відносин між власниками і рівності прав учасників цивільних правовідносин. Проте власник повинен дотримуватися правил, згідно з якими ті чи інші об'єкти не можуть знаходитися у власності тих чи інших суб'єктів цивільних правовідносин. Це

¹ Там само. С. 281.

стосується окремих видів майна. Згідно з Постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1991 р. (з наступними змінами і доповненнями) введено перелік видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України та «Спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна», який міститься в додатках №1 і №2. У цей перелік входять речі, застосування яких небезпечно для суспільства. Це бойова і спеціальна військова техніка, вибухові речовини, зброя, радіоактивні речовини. Деякі речі можуть набутися лише з дотриманням спеціального порядку набуття громадянами права власності. Це стосується вогнепальних мисливських гвинтівок, деяких видів пневматичної зброї, пам'яток історії і культури та ін.

Головним чинником обмеження права власності є необхідність дотримання забезпечення суспільних інтересів у поєднанні з приватними інтересами. Але відбуватися це обмеження може лише на підставі закону.

Правомочності, які складають зміст права власності, це – володіння, користування і розпоряджання – так вони визначені в українському цивільному законодавстві – ст. 317 ЦК. Але зміст кожної з правомочностей пов'язаний безпосередньо з об'єктом права власності, що належить певному суб'єкту, і саме особливості цього суб'єкта впливають на характер кожної з правомочностей і на характер її зв'язку з об'єктом. Тому сутність права власності, яка пов'язана з економічною категорією присвоєння, знаходить свій вираз у визначенні можливостей кожного з суб'єктів у своїй поведінці реалізувати ці правомочності. Хоча закон зазначає, що всі суб'єкти права власності є рівними перед законом (ст. 318 ЦК), належність матеріальних благ певним суб'єктам не є ідентичною.

У зв'язку з цим, на наш погляд, доцільно навести думку К. І. Скловського, який відзначає: «ми вважаємо власність відображенням особистості власника. Не може бути, щоб позбавлення особистості її основних юридичних якостей не відбилосся на її здатності впливу, втілення в належному їй речовому світі, на її речовій владі, тобто на праві власності»¹.

Таке розуміння права власності має, на нашу думку, визначальне значення для розмежування права приватної і права державної власності. Особливого значення набуває це розмежування при укладенні правочинів, де постає питання про належність майна приватній особі чи державі, яка може виступати і як приватна особа і як держава – суверен, що здійснює дії в економічному обігу. Від визначення правового становища суб'єктів права власності залежить визначення належності майна і, відповідно, відповідальність за позовами. Законодавчо це питання в Україні прямо не вирішується.

Право приватної власності за змістом найтісніше зв'язано з характером

¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Москва, 2000. С.130-131.

супільних відносин. Зараз настав переломний період в історії українського суспільства, коли воно перетворюється на постіндустріальне. В такому суспільстві інакше будуються суспільні відносини, іншою є орієнтація людини на суспільні явища, по-новому визначається і роль права власності. В зв'язку з цим доцільним видається привести думку В. Л. Іноземцева, який дає характеристику постіндустріального суспільства: «Стає все більше прихильників тієї точки зору, згідно з якою сучасне людство поділене по відношенню до засобів виробництва не за рівнем матеріального достатку, а за типом цілі, до якої прагнуть люди, і цей поділ найбільш принципівий з усіх, які знала історія»¹.

Право власності перестає бути самоціллю, воно все більше набуває рис засобу, який використовується людиною для організації своєї самореалізації. Що під цим слід розуміти? Перш за все людину слід розглядати в контексті тих цінностей, які набувають значення саме в постіндустріальному, а не індустріальному суспільстві, яке належало до ХХ століття і відходить разом з ним.

З огляду на це здатність скористатися правом власності (зміст якого складають правомочності володіння, користування і розпоряджання) націлена на організацію підприємницької діяльності, в якій людина створює себе сама і саме для якої набуває таких рис, як освіченість, працьовитість, набуття високої кваліфікації. І сама підприємницька діяльність в епоху постіндустріалізму набуває інших рис – це створення та впровадження високих технологій, введення інновацій, широке використання електронних засобів в усіх видах діяльності. Все це вимагає існування таких верств населення, які могли б опанувати високоінтелектуальний характер сучасного виробництва. Виходячи з цього можна відмітити, що спрямованість використання права власності в підприємницькій діяльності набуває певного цілеспрямованого напрямку. Це, по-перше, створення нових за характером видів виробництв, і, по-друге, використання права власності для цілей формування особистостей, здатних виконувати роботу, яка вимагає високої інтелектуальної кваліфікації, творчих підходів і неординарних рішень.

Створення людиною самої себе має на меті інтелектуальні досягнення і інтелектуальне зростання людини, на яке спрямоване використання права власності.

Протилежні тенденції, які мають на меті накопичення багатства заради економічного успіху підприємств і організацій, швидко втрачають соціальну цінність, бо малоінтелектуальна та спрямована на задоволення споживачьких потреб діяльність вимагає залучення відповідної категорії людей, які мають більш низький інтелектуальний рівень і не можуть за своїми якостями входити до інтелектуальної еліти. Тому вони мають нижчий рейтинг в суспільстві і, відповідно, менші шанси на успіх. Як зазначає В.Л. Іноземцев, «інтелектуальне

¹ Іноземцев В.Л. Социально-экономические проблемы XXI века: попытка нетрадиционной оценки. Москва, 1999. С. 39.

розшарування, що досягає безпрецедентних масштабів, стає основою будь-якого іншого соціального розшарування»¹.

За таких умов використання права власності і особливо права приватної власності як підтримки саме тенденцій розвитку постіндустріального суспільства, спрямованих на інтелектуальне зростання людини, є тим прогресивним напрямком, який має знайти свій вираз у законодавстві.

Прогалиною в законодавстві є дуже загальне тлумачення права державної власності. Ст. 327 нового ЦК України визначає: «Державною власністю є майно, в тому числі кошти, які належать державі Україна. Від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідні органи державної влади». Зрозуміло, що відповідні органи державної влади лише осягають процес здійснення права власності, вони не є власниками. У здійсненні втілюється воля держави Україна, від імені та в інтересах якої і діють відповідні державні органи. Будь-яке право власності своїм об'єктом має майно, тому зовсім не зрозумілим є те, яке ж саме майно мається на увазі щодо права державної власності і в натуральному, і у вартісному виразі. Чи припускаються лише речі, чи й безтілесні види майна, зокрема майнові права, яке місце займають майнові комплекси, окремі підприємства? Поряд з державою існують й інші суб'єкти права власності, то в якому ж співвідношенні з ними знаходиться право державної власності, адже вони теж мають таке ж за змістом право власності на майно. Чи право державної власності претендує на пріоритет і визначається незалежно від того, чи є в законі права на майно в інших суб'єктів права власності, або ж воно має якусь притаманну лише йому сферу.

На такий кшталт, як це визначено в статті 327 ЦК, можна визначати будь-який вид власності, бо і приватною, і комунальною власністю є майно. Нічого від назви не змінюється, бо природа власності єдина.

Отже, фактично правового визначення права державної власності в новому ЦК немає, і не можна сказати, яке майно належить державі, а яке — іншим суб'єктам, за якою ознакою має проходити розмежування майна, на яке поширюється право державної власності, та за якими ознаками це право відмежовується від права приватної і комунальної власності. Таким чином, це питання потребує законодавчого вирішення.

Необхідність права приватної власності викликана не лише історичним розвитком суспільства, але й його сучасним станом. Жодне інше право так не пов'язано з правами людини, як право приватної власності. На персоналістичну природу власності в якості приватної вказує С.С. Алексєєв². Треба сказати, що сукупність правових норм, які містяться в Конституції України і в ЦК, що спрямовані на регулювання відносин власності, перш за все, створює

¹ Иноземцев В.Л. Цит. праця. С. 39.

² Див: Алексєєв С.С. Гражданское право в современную эпоху. Москва, 1999. С. 21.

цивільно-правовий інститут власності і право приватної власності є складовою частиною цього інституту.

Важливою особливістю права приватної власності є його непорушність (ст. 321 ЦК), тому намагання з боку адміністративних органів обмежити як його сутність, так і здійснення суперечать історичному розвитку України і заступують на однозначне засудження. З цього приводу слід вказати на принципову позицію Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення п. 2 ст. 10 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», виражену в рішенні Конституційного Суду по справі № 1-2/2004 від 2 березня 2004 р. №4 рп/2004¹. Вона є показовою з точки зору утвердження в Україні засад захисту невід'ємних прав людини і права приватної власності. Йдеться про житлові права людини й про неможливість їх порушення під будь-яким приводом: «Набуте громадянами право на квартири державного житлового фонду та належні до них допоміжні приміщення є непорушним (стаття 41 Конституції України), забезпечується державою і захищається судом (стаття 55 Конституції України).».

Намагання органів державної адміністрації і органів місцевого самоврядування обмежити право приватної власності громадян на житло за власною ініціативою всупереч закону Конституційний Суд засудив, чітко підтвердивши законні права громадян: «Допоміжні приміщення (підвали, сараї, кладовки, горища, колясочні і т. ін.) передаються безоплатно у спільну власність громадян одночасно з приватизацією ними квартир (кімнат у квартирах) багатоквартирних будинків. Підтвердження права власності на допоміжні приміщення не потребує здійснення додаткових дій, зокрема створення об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, вступу до нього».

Отже, право приватної власності громадян більше ніж інші види права власності, визначені особливостями їх суб'єктів, потребує законодавчого регулювання і судового захисту; право державної власності — законодавчого регулювання, а право власності публічно-правових утворень — правового визначення їх участі у приватних відносинах і в економічному, комерційному обігу як всередині держави, так і поза її межами.

¹ Урядовий кур'єр. 2004 р. № 50. 17 березня.

ПОНЯТТЯ ЗАХИСТУ І ОХОРОНИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ¹

(упорядник Вікторія Улиганець)

Більшість вчених-цивілістів вважають, що цивільне правовідношення складає системний зв'язок між суб'єктами правові відношення, які в ньому знаходяться.² Немає єдиної точки зору щодо того, що становить охорона цивільних правовідносин і що відноситься до їх захисту. Найбільш поширеною є точка зору, що охорона уявляє собою систему засобів, які спрямовані на те, щоб не допустити порушення прав і інтересів учасників цивільних правовідносин, а захист «вступає в дію, коли порушення прав і інтересів вже відбулося».³ Захист і охорона як напрямки не протиставлені один одному, вони доповнюють один одному в правоохоронній діяльності, але кожний напрямок має свою мету.

Виходячи з цих двох принципових позицій, і розглядаються ті проблеми, які постали перед цивільним правом в новий період – період дії нового Цивільного кодексу України. Охорона і захист цивільних прав та інтересів розглядаються в даному дослідженні в зв'язку з найважливішими проблемами цивільно-правових інститутів – правом власності, відшкодуванням моральної шкоди, захисту прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин в договірних відносинах, в корпоративних відносинах, при порушенні прав інтелектуальної власності. Особливістю даної праці є те, що велика увага приділяється не тільки самому поняттю захисту і охорони прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин в конкретних інститутах, а й способам захисту їх прав та інтересів.

Так, розглядається спосіб захисту цивільних прав та інтересів в судовому порядку, процесуальні проблеми, що стосуються перегляду судових рішень, коли йдеться про реалізацію права на захист, нотаріальна форма захисту і охорони цивільного права і законного інтересу суб'єкта цивільного правовідношення.

Звертаючись до змісту охорони і захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, слід відзначити, що охорона і захист прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин тісно пов'язана з тим як визначається предмет цивільного права. Згідно статті 1 Цивільного кодексу України до предмету цивільного права відносяться особисті немайнові та майнові (цивільні відносини), засно-

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України (С. 6-32). В кн.: Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах (С. 6-32) / За загальною рекомендацією академіка НАПрН України Я.М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2011. 528 с.

² Басин Ю.Г. Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав / Проблемы применения основ гражданского законодательства и основ гражданского судопроизводства. Саратов: Изд-во Саратов. юрид. ин-та, 1971. С.32-37.

³ Гражданское право Украины: Учебник. – Харьков, Одиссей, 2007. С. 104-105.

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

вані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників.

В літературі не один раз висловлювалися думки про те, чого редакція кодексу висунула на перше місце саме особисті немайнові відносини, в той час, коли сфера цивільно-правового регулювання перш за все охоплює цивільне майнове правове регулювання. Пояснюючи це, треба звернутися до історії створення кодексу і обстановки, в якій він створювався. Розробники вважали, що перш за все потрібно звернути увагу на права людини, а вже потім на ті відносини, в яких вона бере участь; зробити акцент на те, що відзначає людину в будь-яких суспільних відносинах, тим більше в цивільних, які саме і спрямовані на визначення місця людини в суспільстві.

Співставляючи епоху соціалізму, тим більше так званого «зрілого» соціалізму, який пережила Україна, з новим поворотом розвитку суспільства, стає очевидним, що минулий ухил на суспільні економічні інтереси, які розглядалися незалежно від того, як вони визначають долю людини, не відповідає новим суспільним реаліям і в новому цивільно-правовому регулюванні має бути відображена зростаюча роль людини і її особистості. Виходячи з наведених міркувань і в статті 1 Цивільного кодексу України людина як феномен, що обіймає сукупність елементів, була поставлена на передній план, а звідси виставлені на передній план і ті риси, які визначають її як окрему одиницю. Цим пояснюється спочатку вказівка на особисті немайнові відносини, а тоді вже — як однорідний член речення — на майнові (цивільні) відносини, але це ні в якому разі не применшує роль і значення цивільного права, як права, що регулює майнові відносини, що виникають між людьми з приводу матеріальних і інших благ, які мають форму товару. Для цивільних відносин в правовому регулюванні існує єдина площина і особисті немайнові і майнові (цивільні) відносини регулюються на підставах юридичної рівності, вільного волевиявлення і і майновій самостійності їх учасників (ст. 1 Цивільного кодексу України).

Захист прав і інтересів суб'єктів цивільних правовідносин зрозуміло відбувається, таким чином, в тій сфері, яка визначена для існування цивільних правовідносин, і його не можна відривати від характерних особливостей цих відносин, бо він. покликаний сприяти їх здійсненню. Суспільне відношення, приймаючи юридичну форму правовідношення, конкретизує його у вигляді прав і обов'язків, які містять інтерес в існуванні і формуванні такого роду поведінки, що відображає єдність загальносуспільного і індивідуального інтересу і виражає його юридичну форму.

Як же поділяються цивільні правовідносини з огляду на їх зміст, форму вираження і можливості захисту інтересів суб'єктів цивільних правовідносин? Тут найбільше значення має приналежність матеріальних благ при визначенні правовідносин між суб'єктами правовідношення. Критерій визначення приналежності приводить до того, що цивільні правовідносини поділяються на

речові правовідносини і правовідносини зобов'язального характеру, пов'язані з переходом матеріальних і інших благ від одних осіб до інших.

Особливості об'єктів цивільно-правового регулювання приводять до того, що в цивільному праві з'явилася також категорія виключних прав, які пов'язані з особливостями предмета цього регулювання, який включає майнові правомочності щодо інтелектуальної власності — це майнові відносини, які виникають при використанні результатів інтелектуальної діяльності і засобів індивідуалізації товарів. Це другий вид поділу цивільних правовідносин.

Розвиток цивільного обороту викликав ускладнення щодо регулювання відносин між суб'єктами майнових відносин організаційних форм, які визначаються як корпорації, що породило своєрідну форму цивільних правовідносин, так зване корпоративне право. Корпоративні відносини виникають між учасниками управління майном корпорації, а також між учасниками і самою корпорацією. Тут відбувається поєднання управлінських і цивільних засад, з перевагою і підкоренням управлінських засад майновим інтересам і правомочностям. Поряд з цим існує значний підрозділ цивільних відносин, які визначаються як особисті немайнові відносини, в яких ми зустрічаємо як тісний зв'язок з майновими відносинами, так і з особистими немайновими відносинами, в основі яких лежать особисті немайнові і невідчужувані блага особи. Форма вираження цивільних правовідносин має декілька особливостей, які суттєво впливають на вираження видів захисту цивільних прав і їх організацію.

Найважливішим видом майнових прав є речові права і серед них право власності, яке згідно цивільному законодавству поділяється на право приватної власності (ст. 325 ЦК України), право державної власності (ст. 326 ЦК України) і право комунальної власності (ст. ЦК України). Речові права мають свій речовий захист, який відрізняється від захисту зобов'язальних прав, від захисту виключних прав. Взагалі захист суб'єктивних цивільних прав має два аспекти — з одного боку захист пов'язаний з сутністю предмету захисту, а з іншого — із тим, яким способом відбувається захист.

І тут постає питання, як ці аспекти захисту між собою узгоджуються і питання, в яких формах існує охоронне цивільне правовідношення.

Взагалі визначення правоохоронного правовідношення до даного часу залишається невизначеним, в тому числі невизначеним залишається і питання ознак правоохоронного цивільного правовідношення. Якщо звернутися до історії, то основу правоохоронних правовідносин ми знайдемо в римському праві — це делікти і зобов'язання з безпідставного збагачення, причому делікти ідентифікувалися з правопорушеннями.

Історично впливало, що може виникнути зобов'язання з правопорушення, на що звертав увагу І.О. Покровський. Він вважає, що «дане зобов'язання є

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

найдавнішим видом зобов'язань і спрямовано, в першу чергу, на відшкодування шкоди, на усунення шкідливих наслідків неправомірного діяння».¹

Охорона і захист суб'єктивних цивільних прав може відбуватися шляхом здійснення правоохоронного зобов'язання по відшкодуванню шкоди і може відбуватися шляхом здійснення самостійного правоохоронного правовідношення. Самостійне правоохоронне правовідношення має широку сферу здійснення, оскільки цивільне право має широкий спектр цивільних суб'єктивних прав, які воно регулює: житлові, авторські, право власності, право спадкування, різні види речових прав та ін. Отже, охорона і захист цивільних суб'єктивних прав відбувається, по-перше, в залежності від конкретного цивільно-правового регулювання і, по-друге, від способу, який відображений в правоохоронному правовідношенні. Загальною рисою впливу в правоохоронному правовідношенні є застосування примусу. Цивільно-правове правоохоронне регулювання відзначається досить суттєвими особливостями, пов'язаними головним чином з тим, що реалізація примусу тут тісно пов'язана з дозвільним методом, властивим цивільно-правовому регулюванню, а сам зміст правових велінь спрямований не тільки на охорону інтересів держави, але й прав осіб, які беруть участь в звичайних економічних відносинах.

Важливо відзначити, що не лише цивільно-правова відповідальність спрямована на боротьбу з правопорушеннями. І кримінальна, і адміністративна відповідальність містять санкції, які по-різному здійснюють правоохоронну функцію і тут потрібно відзначити місце цивільно-правової відповідальності в боротьбі з правопорушеннями, щоб визначити перспективи і тенденції правового регулювання цивільно-правової відповідальності за правопорушення і захисту прав та інтересів осіб.

І тут постає питання про особливості правоохоронного правовідношення в сфері цивільного права. Захист і відповідальність складають ті два напрямки в правовій охороні, які відповідно поділяють і правоохоронні правовідносини в цивільному праві. Це – заходи захисту і заходи відповідальності. Такий поділ викликаний різницею в способі охорони суспільних відносин, і ця різниця стосується не лише цивільно-правових правовідносин, вона впливає із сутності охорони правовідносин взагалі і здійснення примусу.

Правоохоронні правовідносини охоплюють всі види правової охорони. С.С. Алексеев, характеризуючи охоронні правовідносини, відзначає, що «вони складаються на основі охоронних юридичних норм і уявляють з себе правовідносини, з допомогою яких здійснюються заходи юридичної відповідальності, заходи захисту суб'єктивних прав, превентивні засоби державного примусу»². І далі С.С. Алексеев приходять до висновку про різну характерис-

¹ Покровський И.А. Основные проблемы гражданского права. Москва: Статус, 2003. С. 274.

² Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2х т. Т.1. Свердловск: Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1972. С.268.

тику правоохоронних правовідносин залежно від їх конкретної мети. Захист уявляє з себе всього лише одну із сторін юридичної охорони. При її здійсненні увага в першу чергу акцентується на здійсненні протидії порушенню прав громадян і юридичних осіб, правопорядку, що може бути досягнуто передусім з допомогою засобів, які присакоють і попереджають їх порушення.

«Захист» – поняття об'ємне. Охорона прав, якщо їх порушення вже відбулося, може полягати і у відновленні, яке теж може бути головною метою захисту. Звідси висновок – основна увага при здійсненні правового захисту таким чином повинна бути зосереджена на самому суб'єктивному праві, а також на недоторканності правопорядку. Це визначає і характер протидії порушенню, і спосіб, завдяки якому протидія здійснюється, а також підстави застосування правоохоронних норм, які стосуються засобів захисту.

Заходи захисту і заходи відповідальності суттєво відрізняються і кожен з цих видів має різну характеристику. Характер протидії заходів захисту проти правопорушень відзначається: 1) активною спрямованістю проти порушника правових норм, саме захистом прав і інтересів особи; 2) підвищеною оперативністю багатьох державних примусових заходів; 3) відновленням порушеного стану або збереженням прав окремих осіб і правопорядку. Цей захист спрямований на охорону і недопускання правопорушень в майбутньому – шляхом відповідальної дії на правопорушника й інших осіб.

Заходи цивільно-правової відповідальності несуть в собі додаткове обтяження і в цьому полягає сутність їх позитивного впливу на правопорушника.

Таким чином, існує два чітко визначених напрямки в правовій охороні і ці напрямки безумовно мають відношення до цивільно-правоохоронного регулювання. Кожен з цих напрямків знайшов вираз в комплексі норм, які забезпечують цільне і певною мірою завершене правове регулювання, тому можна зробити висновок про формування в даний час двох міжгалузевих правоохоронних інститутів – відповідальності і захисту.

Для обох правоохоронних інститутів існує спільна платформа – це примус. Примус є одним з невід'ємних елементів правоохоронного правовідношення і в той же час він відзначається своєрідністю застосування в кожному з інститутів. Якщо для застосування засобів захисту достатньо наявності протиправної поведінки порушника (а в деяких випадках навіть правомірної поведінки, наприклад, при крайній необхідності), то для застосування заходів відповідальності необхідна наявність більш складних підстав, а саме такої важливої підстави як склад правопорушення.

Це корінним чином відрізняє засоби захисту і заходи відповідальності, тому що при відповідальності необхідно враховувати особистість правопорушника. Врахування особистості правопорушника і, зокрема, його ставлення до здійсненого протиправного діяння повинно знайти відображення в правових підставах настання відповідальності, інакше ефект застосування заходів відповідальності виявиться зниженим або ж взагалі не досягнутим. Це виражається

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

в тому, що специфічною підставою при застосуванні заходів відповідальності є вина, яка в юридичній літературі визначається як психічне ставлення особи до своєї протиправної дії або бездіяльності в формі умислу або необережності. Деякі вчені вважають вину не лише умовою настання відповідальності, але й її підставою.¹ Строго особистий характер відповідальності пов'язаний з тим, що вона несе в собі осуд поведінки правопорушника, а це не властиво для заходів захисту.

Інститути відповідальності і засобів захисту, які становлять сутність цивільно-правової охорони, відрізняються між собою особливостями, які викликані характером відносин, які вони регулюють, методом регулювання і відмінностями заходів, які викликані необхідністю існування соціальної охорони саме такого типу. Проте вони нерозривно пов'язані з усією правовою охороною суспільних відносин в цілому.

Тому, вважаємо, те, що характеризує правову охорону в цілому, в повній мірі властиво і правоохоронним інститутам відповідальності і засобів захисту в цивільному праві. Основною якістю правової охорони є те, що вона пов'язана з цілою окремою сферою суспільних відносин.

Двоєдиний зв'язок правових норм, які регулюють правову охорону з основною галуззю права, яка регулює певні суспільні відносини і з правовими нормами, що акумулюють окремий вид діяльності держави щодо їх охорони, неминуче повинно позначатися на положенні вказаних норм в системі права. Внутрішня єдність, яка визначається єдиною метою – забезпечити охорону суспільних відносин, уже виділяє цю групу норм в усіх існуючих основних галузях права, а за ознакою єдності способу способи охорони (а способів таких може бути не один) можливий поділ всієї маси правоохоронних норм на між-галузеві правові інститути, що уявляють з себе, згідно визначенню С.С. Алексеева «... результат певного подвоєння структури права»².

Саме правова охорона і визначає сутність цих норм. Розрізнення між правоохоронними заходами, що викликані різними способами здійснення охорони, закономірно сприяє згрупуванню цих норм у відповідні правоохоронні інститути в межах правоохоронної галузі права, яка є по суті комплексною галуззю права. Треба відзначити, що при цьому не поривається зв'язок цих норм з основними галузями права, до яких вони належать. Говорячи про ці загальні положення, необхідно відзначити, що все це стосується і цивільно-правових правоохоронних норм, які спрямовані на охорону суспільних відносин. Така якість правових норм, що входять до однієї галузі права, яка визначає їх можливість мати спільні риси з нормами інших галузей права, вже відзначалася в юридичній літературі. Ю.К. Осипов вказує на принципову можливість того,

¹ Малеин Н.С. Вина – необходимое условие имущественной ответственности // Советское государство и прав. 1971. № 2. С. 29.

² Алексеев С.С. Структура советского права. Москва: Юрид. лит., 1975. С.119.

щоб частина норм, які мають спільні риси з нормами інших галузей права, входила в склад міжгалузевих і загально-правових інститутів¹.

І тут постає питання розвитку системи права. Система права, виражаючи потреби суспільства в правовому регулюванні суспільних відносин, знаходиться в постійному русі і розвитку. Не виключеним є варіант автономного існування міжгалузевих інститутів – наприклад, коли комплексна галузь права лише формується. Але найбільш логічним, послідовним варіантом рішення розглядуваного питання є, як вказує С.С. Алексеев, «є включення міжгалузевих інститутів в склад комплексних утворень (надгалузеві, супергалузей)»². З огляду на динаміку процесу розвитку і утворення нових галузей права потрібно вказати і на процес утворення правоохоронних галузей права – інституту відповідальності і інституту засобів (заходів) захисту. Розвиток використання примусу в боротьбі з правопорушеннями потребує подальшого розвитку правового правоохоронного регулювання, де знайшли б своє відображення охорона прав людини – з одного боку і охорона суспільства – з іншого.

Особливості цивільно-правової охорони полягають в поєднанні двох засад регулювання – поєднанні позадоговірної і договірної відповідальності. Традиційний поділ цивільної відповідальності, на договірну і позадоговірну має глибокі підстави, що впливають із соціального призначення тієї й іншої, характеру здійснюваної охорони і норм, що її регулюють.

Правоохоронне правовідношення має знайти розвиток в законодавстві. Цивільне правоохоронне правовідношення має відобразити всі особливості здійснення дії цивільно-правових санкцій в боротьбі з правопорушеннями, знайти своє місце в системі права. І перш за все розвиток цивільних правоохоронних відносин має бути спрямований на розмежування правоохоронних інститутів відповідальності і засобів (заходів) захисту.

Говорячи про 2 напрямки цивільно-правової відповідальності, М.М. Агарков справедливо вказував: «Договірна (ст.ст. 117-119-121) і позадоговірна (ст. ст. 403-415) відповідальність мають багато спільного. Але між ними є суттєві відмінності. Ці відмінності роблять важливим правильне вирішення питання про те, яка з двох має місце»³.

З метою підвищення ефективності в боротьбі з правопорушеннями з допомогою правових засобів, які застосовуються в цивільному праві, виходячи з відмінностей, що стосуються сфери дії того й іншого виду цивільно-правової відповідальності, характеру стимулювання, врахування поведінки правопорушника, було б бажано, щоб розмежування в застосуванні договірної

¹ Осипов Ю. К. Подведомственность юридических дел : Учебное пособие / Отв. за вып. В.М.Семенов. Свердловск: Свердловский юрид. ин-т, 1973. С.81.

² Алексеев С.С. Структура советского права. Москва: Юрид. лит., 1975. С.160.

³ Агарков М.М. К вопросу о договорной ответственности. Вопросы советского гражданского права: Сборник института права. Москва – Ленинград: Изд-во Академии наук СССР, 1945. С. 144.

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

і позадоговірної відповідальності знайшло в подальшому більш повне відображення в цивільному законодавстві, причому повинні бути враховані особливості кожного з правоохоронних інститутів – і відповідальності, і засобів (заходів) захисту. Особливо важливо, щоб було враховане соціальне спрямування того й іншого.

Дуже суттєвою є різниця між заходами відповідальності і засобами (заходами) захисту по своїй сутності і функціям (зовнішній вираз тих і інших може співпадати). Це теж зумовлює важливість їх розмежування. Порядок застосування заходів захисту повинен слугувати вираженню їх суспільного значення як засобу збереження субстранта чужого суб'єктивного права, а тому функція відновлення для них є головною. Коли ж настає цивільна відповідальність, коли на порушника покладається новий обов'язок або відбувалося некомпенсоване позбавлення належних йому суб'єктивних прав, мета відновлення поєднується з метою досягнення виховно-попереджувального ефекту. У випадку застосування засобів захисту основним є оборона самого права уповноваженої особи або (і) правопорядку. При застосуванні заходів відповідальності охорона суспільних відносин відбувається головним чином за допомогою здійснення виховного впливу, який полягає в донесенні до особи осуду її протиправної поведінки суспільством і державою. Виховний вплив заходів відповідальності полягає в тому, щоб навчити громадян і юридичних осіб поважати існуючий правопорядок, права і інтереси суспільства і держави, окремих осіб – і в результаті досягнути мети попередження правопорушень.

Отже, цивільно-правова відповідальність є одним з напрямків в цивільному праві, завдяки якому здійснюється захист і охорона прав та інтересів фізичних і юридичних осіб. Є проте ряд особливостей, які визначають роль і значення цивільно-правової відповідальності як правового інституту. Характерним для цивільно-правової відповідальності є її зв'язок із іншим правовим інститутом – зобов'язанням, а також з іншим правовими інститутами, зокрема. З правоохоронним інститутом засобів захисту.

Правоохоронне регулювання кожної галузі права має свою специфіку, причому цивільно-правове правоохоронне регулювання відзначається досить суттєвими особливостями, пов'язаними з тим, що реалізація примусу при цьому тісно стикається з дозвільним методом, властивим цивільно-правовому регулюванню, а саме зміст правових приписів одночасно спрямований на охорону інтересів держави і прав осіб, заснованих на нормальних економічних відносинах. Правоохоронні санкції по-різному здійснюють охоронну функцію, властиву праву, тому дослідження цивільно-правового регулювання як частини існуючої системи правоохоронного регулювання є важливим моментом для встановлення значення і місця цивільно-правової відповідальності як засобу захисту в цій системі, а також для визначення перспектив і тенденцій її розвитку в зв'язку з розвитком всієї системи правової охорони в цілому.

Встановлення змісту функцій цивільної відповідальності і їх сполучення

має важливе значення, тому що саме в зв'язку з цим визначається напрямок розвитку цивільного законодавства щодо відповідальності, а також принципи дії правових норм і їх застосування в судовій практиці.

В.О. Тархов¹ вважає, що цивільно-правова відповідальність, будучи головним чином майновою відповідальністю, має своєю метою одночасно попередження правопорушень, виховання і майнове відшкодування (тобто визнає їх рівне значення). Цієї ж думки дотримується С.С. Алексеев, який хоча й вважає, що «головною, основною функцією правової відповідальності є штрафна, карна», тим не менше вказує, що більшість санкцій цивільного права (в тому числі і відшкодування правопорушником збитків) органічно поєднує штрафну і правовідновлювальну (компенсаційну) функції.²

Зміст функцій цивільної відповідальності тісно пов'язаний з її соціальним призначенням і сутністю як правового явища. Існує декілька визначень поняття цивільно-правової відповідальності, які виражають різні напрями в науці цивільного права в розумінні і тлумаченні ролі і значення цивільно-правової відповідальності в суспільстві. Всі вони різняться між собою тим, що за їх основу беруться різні властивості цивільно-правової відповідальності як правового явища. Невигідні майнові наслідки, виражені в правовідношенні, позбавлення певних майнових прав або покладення суб'єктивного права чи покладення без зустрічного еквівалента нового або додаткового обов'язку – всі ці моменти дійсно відзначають цивільно-правову відповідальність, але визначення кожного з них в якості її головної, визначальної властивості характеризує цю відповідальність з різних сторін. Є різні напрями поняття цивільно-правової відповідальності.

«Цивільно-правова відповідальність – це заснований на законі вплив на винного правопорушника, який знаходить вираз в позбавленні його певних майнових прав або покладенні на нього певних майнових обов'язків»,³ так визначає цивільно-правову відповідальність В.Ф. Яковлев.

Інших акцентів при визначенні поняття цивільно-правової відповідальності дотримується Є.О. Суханов. «Цивільно-правова відповідальність – це одна з форм держанного примусу, яка полягає у стягненні судом з правопорушника на користь потерпілого майнових санкцій, які перекладають на правопорушника неvigідні майнові наслідки його поведінки і спрямовані на відновлення порушень майнової сфери потерпілого».⁴

¹ Тархов В.О. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1973. С. 30.

² Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2х т. Т.1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. С. 374-375.

³ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Автореф.дис. ...докт.юрид.наук. Свердловск, 1972. С. 23

⁴ Гражданское право. В 4-х т. / Под ред. Суханова Е.А. Москва: Волтерс Клувер, 2008. 3-е изд., перераб. и доп. С.256.

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

Таким чином, моменти невідгідних майнових наслідків і відновлення майнової сфери потерпілого становлять в даному разі прерогативу при визначенні поняття цивільної відповідальності.

Якщо розглядати цивільно-правову відповідальність у зв'язку з предметом і методом цивільного права, то ми побачимо ті властивості цивільно-правової відповідальності, в яких знаходить вираз його предмет і метод і особливості форми як інструменту, нерозривно пов'язаному з майновими відносинами. Такі особливості цивільно-правового регулювання як диспозитивність, правова ініціатива, юридична рівність, взаємність при дотриманні інтересів, (в основі якої лежить правонаділення), яка будується на еквівалентних засадах, властиві цивільно-правовій відповідальності, в якій би сфері діяльності вона не виникла. Сутність цивільно-правової відповідальності здійснює вплив на її роль і функції цивільно-правової відповідальності як правового інституту в системі правоохоронного регулювання полягають в тому, щоб здійснювати охорону правопорядку, прав і інтересів суб'єктів цивільного права.

Сфера правового регулювання цивільної відповідальності охоплює широке коло суспільних відносин, власне всі вольові майнові і значну кількість немайнових відносин, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Юридична конструкція цивільної відповідальності не існує і не може існувати сама по собі. Вона давно б жила себе, якби замикалася на проблемах відшкодування шкоди в конкретних випадках або на примусі виконання договірних зобов'язань знову-таки в конкретних випадках. Цивільно-правова відповідальність, будучи виразом існування товарно-грошових відносин, є засобом контролю суспільства за поведінкою осіб – громадян і юридичних осіб в плані встановлення відповідності їх інтересів інтересам суспільства, розумного узгодження цих інтересів. Вона є важливим способом стимулювання інтенсивного розвитку економіки, соціальної сфери, розвитку особистості.

Загальні якісні характеристики цивільно-правової відповідальності як правової категорії не означають, що її правове регулювання (і відповідно застосування) не має особливостей, пов'язаних з відмінностями суспільних відносин, які є предметом позитивного цивільно-правового регулювання. Ці відмінності в повній мірі відображає Цивільний кодекс України, який містить ряд розділів, присвячених правособ'єктності осіб, праву власності і іншим речовим правам, праву інтелектуальної власності, зобов'язальному праву, зокрема недоговірним зобов'язанням. Різні за своїми характеристиками учасники суспільних відносин як суб'єкти цивільно-правової відповідальності мають спільні риси. Вони повинні бути самостійними в здійсненні своїх цивільних прав і обов'язків, а їх діяльність, з приводу якої в необхідних випадках виникає негативна реакція держави і суспільства у вигляді цивільно-правової відповідальності, перш, ніж здійснено правопорушення, знаходить вираз в договірних зобов'язаннях, або після правопорушення – у позадоговірних.

В такому напрямку розвивається цивільне законодавство. Проте є й характерні особливості, властиві саме цивільному законодавству. Для цивільного законодавства характерна відсутність узагальнюючих правил про відповідальність в правовому регулюванні кодексу, що не відповідає дійсному становищу цивільної відповідальності як правового інституту і становить недолік цивільного законодавства в даний час. Ще одна характерна риса цивільно-правової відповідальності — це зв'язок цивільно-правової відповідальності з зобов'язаннями є дуже важливий момент при характеристиці цивільно-правової відповідальності як правової. Нерозривність зв'язку цивільно-правової відповідальності із зобов'язальними правовідношеннями і становить ту характерну рису, яка виділяє цю відповідальність серед інших видів відповідальності. Кримінальна і адміністративна відповідальність особи — це відповідальність за правопорушення. Цивільна відповідальність також є відповідальністю за правопорушення, але цьому правопорушенню, як правило, передує інша правова форма участі особи в суспільних відносинах — зобов'язання. Навіть у випадках заподіяння шкоди (тобто, коли шкода завдана здоров'ю, майну, можливо навіть настала смерть потерпілого) відносини між особами будуються по типу зобов'язальних. В цивільному законодавстві — (в Цивільному кодексі України) — спеціальна глава присвячена зобов'язанням із заподіяння шкоди.

Основною рисою зобов'язальних відносин є належність їх до сфери обміну тим, що належить особі. Саме в зв'язку з обміном виникають права і обов'язки здійснення дій або утримання від них. Тому і цивільно-правова відповідальність — це по суті відповідальність, яка настає в сфері обміну результатами діяльності осіб — фізичних або юридичних. Це й обумовлює зв'язок цивільно-правової відповідальності з зобов'язаннями і врешті з товарно-грошовими відносинами.

Властивості цивільно-правової відповідальності як самостійного правового інституту і цілі зобов'язань різні. Обидва ці інститути мають різне соціальне призначення. Якщо зобов'язання покликане активізувати діяльність осіб в сфері економічного обороту і сприяти задоволенню їх матеріальних і духовних потреб, то призначенням цивільно-правової відповідальності як різновиду юридичної відповідальності є покарання за здійснення правопорушення, його осуд, попередження і виховання як окремого правопорушника, так і всіх осіб (цілі загальної і окремої превенції). Відновлення порушених прав потерпілого (кредитора) також є метою цивільноправової відповідальності, проте воно нерозривно пов'язане з усіма іншими вищенаведеними цілями цивільно-правової відповідальності, тобто в кінцевому підсумку повинно слугувати вихованню правопорушника і інших осіб, попередженню правопорушень. Юридична відповідальність як єдиний правоохоронний інститут не змогла б існувати, якби особливості окремих її видів (окреме) не були виявом її сутності (загального).

Відновлення порушених прав потерпілого (кредитора) — це той шлях, че-

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

рез який проходить донесення осуду суспільства і держави до правопорушника і здійснення на нього і інших впливу, бо відновлення цих прав відбувається за рахунок заповідювана (боржника), за рахунок применшення його матеріальних благ, за рахунок витрат його праці (якщо відновлення відбувається в натурі).

Юридична відповідальність нерозривно пов'язана з карою і вихованням для попередження правопорушень в майбутньому. Нічого цього не знає зобов'язання як правова категорія. Воно виникло в римському праві в процесі розвитку цивільного обороту як інститут, пов'язаний з діями особи і такий, що відноситься до даної особи (*actiones in personam*); зобов'язання має особливості, пов'язані з якісною характеристикою особи, оскільки для досягнення мети зобов'язання не є байдужим, хто виконує роботу, які ділові якості контрагента (як налагоджено у нього виробництво, чи виконує він передбачені договором дії в строк, якісно, як здійснює оплату і інше). Сама структура зобов'язального правовідношення заснована на тому, що права і обов'язки суб'єктів зобов'язального правовідношення взаємні, що означає, що суб'єктивному праву одного відповідає суб'єктивний обов'язок іншого і, таким чином, відносини осіб в зобов'язанні зцементовані взаємним інтересом. Саме об'єктивно існуючий взаємозв'язок осіб (сторін в зобов'язанні) визначає структуру їх взаємовідносин і механізм дії зобов'язання. Головною метою є досягнення кінцевого результату – виконання зобов'язання. Передання речей, грошей, здійснення дій, надання послуг – це обов'язок суб'єктів зобов'язальних відносин, звичайна їх діяльність в рамках економічного обороту.

А відповідальність між тим нерозривно пов'язана з санкціями, тобто невідповідними наслідками для особи, з ущемленням її інтересів і це природно, бо відповідальність виконує завдання виховання людей і попередження правопорушень, вона настає після здійснення правопорушення. Саме правопорушення є тим юридичним фактом, який викликає правовідношення юридичної відповідальності взагалі. Отже, для механізму дії відповідальності уявляється дуже важливим досягнення виховної попереджувальної дії як кінцевого результату, а воно вимагає іншого підходу до побудови взаємовідносин осіб в правовідношенні цивільно-правової відповідальності ніж в зобов'язальному правовідношенні. Тут переважним повинен бути суб'єктивний фактор, і до того ж обтяження, які виникають при реалізації санкцій, в яких знаходить свій вираз відповідальність, повинні мати не характер нормальної діяльності, що відбувається в процесі економічного обороту, яка спрямована на досягнення позитивних господарських наслідків або задоволенні потреб громадян, а бути в іншому суспільному зв'язку, який сприяв би іншому їх суб'єктивному сприйманню – як тягара, що існує і накладається понад звичайного напруження і затрат при виконанні звичайної діяльності.

Зв'язок цивільно-правової відповідальності із зобов'язанням є характер-

ною рисою цієї відповідальності, якою пояснюється наявність багатьох її особливостей як виду юридичної відповідальності.

В кожному виді законодавства є свої види правопорушень, свої підстави їх виділення, згрупування і розмежування. Що стосується цивільно-правової відповідальності, то вона перш за все пов'язана з певним видом позитивного цивільно-правового регулювання – зобов'язальним правом. В якійсь мірі сфера дії цивільно-правової відповідальності ніби обмежена – вона не тільки стосується переважно єдиного за своєю природою виду суспільних відносин – майнових відносин, обумовлених використанням товарно-грошових по своїй суті відносин, але й певної сфери позитивного правового регулювання – зобов'язань, а також хоча й сфери правоохоронного регулювання, проте тої ж правової форми – зобов'язань правоохоронних.

Дуже об'ємну характеристику зв'язку цивільно-правової відповідальності із зобов'язанням дав С.С. Алексеев: «Відповідальність за порушення зобов'язань – це забезпечене державним примусом покладення передбачених законом витрат на особу, яка не виконала зобов'язання, або виконала його нена належним чином»¹. В цьому визначенні яскраво постає зв'язок зобов'язання з цивільно-правовою відповідальністю.

Проте, однак слід відзначити, що сфера впливу цивільно-правової відповідальності тільки на перший погляд здається обмеженою. В дійсності майнові відносини, опосередковані формою зобов'язань, широко розповсюджені – вони виникають там і тоді, де і коли зачеплені майнові інтереси осіб (фізичних і юридичних осіб), тобто не лише в процесі правомірної діяльності, але й при здійсненні злочинів і виникненні кримінальної відповідальності.

Як висновок – цивільно-правова відповідальність, таким чином, виникає по відношенню до осіб, які вже перебувають в зобов'язальному, урегульованому правом правовідношенні (позитивному чи правоохоронному), яке передбачає їх зв'язаність суб'єктивними правами і обов'язками, і настає вона в зв'язку з нена належним виконанням цього зобов'язання. Такий механізм співвідношення зобов'язань і цивільно-правової відповідальності. Таким чином відбувається захист прав фізичних і юридичних осіб.

Посилення впливу правових санкцій, в яких знаходить свій вираз цивільно-правова відповідальність, залежить, по-перше, від того, як ці санкції узгоджуються з правовим становищем особи і її роллю в економічному обороті (тобто залежить від того, фізична це чи юридична особа, якого роду діяльність здійснюється особою в цивільному обороті, які права і інтереси особи в результаті здійснення правопорушення виявилися порушеними); по-друге, наскільки умови здійснення санкцій, регламентованих законодавством, відповідають прогресивному розвитку суспільних відносин, для здійснення яких вони застосовуються; по-третє, в якій мірі цивільно-правові санкції інституту

¹ Алексеев С.С. Гражданское право. Москва, 2008. С. 196.

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

відповідальності пов'язані із загальною дією господарського механізму і який вони здійснюють вплив на боротьбу з правопорушеннями, що впливають на нормальну господарську діяльність в сфері економічного обороту, а також як позначаються на підвищенні ефективності охорони прав осіб; по-четверте, яке попереджувально-виховне значення цих санкцій, їх прийняття окремою людиною і суспільством в цілому.

Цивільно-правова відповідальність породжує інші суб'єктивні права і обов'язки ніж зобов'язання, їхні інтереси як інститутів різні, тому й різна правова природа, виконання суб'єктивних обов'язків в зобов'язальному правовідношенні і правовідношенні відповідальності, що, на жаль, не зайшло ясного і чіткого виразу в законодавстві. Цивільно-правові санкції, в яких знаходить вираз відповідальність, тісно пов'язані з одного боку з видом діяльності, в області якої здійснено правопорушення, а другого — із зменшенням (або ущемленням) майнової сфери правопорушника. Тому система санкцій в цивільному праві, хоча і сконструйована в законодавстві сто совно широкого діапазону діяльності в цивільному обороті і пов'язана з нею, але містить порівняно невелику диференціацію санкцій. Сутність цих санкцій полягає в тих чи інших невігідних для особи наслідках, які застосовуються до неї у випадку невиконання приписів закону, невиконанні прийнятих зобов'язань, заподіянні шкоди або при наявності інших, передбачених законом підстав. Охоплюється все коло порушень цивільно-правових норм незалежно від того, які засоби при цьому будуть застосовані: заходи відповідальності чи захисту. Це широке коло охоплює будь-які види порушень: ними можуть бути не тільки порушення зобов'язань, але й невиконання приписів закону чи інші передбачені законом підстави.

Універсальним заходом майнової відповідальності в цивільному праві є відшкодування збитків, хоча, безсумнівно, є й інші санкції, які також служать виразом відповідальності як правового інституту. Серед них можна назвати відшкодування шкоди в натурі (надання речі того ж роду і якості, виправлення пошкодженої речі), неустойка, штраф, пеня і інше. Але все ж, треба зауважити, що за ступенем диференціації санкції, які служать виразом відповідальності особи по цивільному праву, поступаються такого ж роду санкціями по адміністративному і кримінальному праву. Санкції, які служать виразом адміністративної відповідальності, різноманітні за характером впливу, хоча й побудовані на єдиній основі зобов'язуючого правового регулювання. Тут ми спостерігаємо моменти безпосереднього впливу на особистість (попередження, позбавлення спеціального права, наданого громадянину, адміністративний арешт), заходи непрямого впливу на особистість шляхом ущемлення її майнових інтересів (штраф), заходи, які поєднують в собі безпосередній вплив на особистість з ущемленням майнової сфери громадянина (виправні роботи).

Іншим є становище в цивільному праві. Показовим для цивільного права є переважне застосування не заходів відповідальності, а способів захисту (ро-

сійською – средств защиты). Велика кількість оперативних санкцій, які стосуються способів захисту, випадки витребування майна власником із чужого незаконного володіння, витребування майна власником від добросовісного набувача, право власника вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном, випадки знесення будівлі при самочинному будівництві ці та інші способи захисту застосовуються в цивільному праві. І таке співвідношення способів захисту і заходів відповідальності, коли при охороні прав осіб і існуючого правопорядку акцент робиться саме на способах захисту, не випадкове. Воно впливає із сутності самого методу цивільно-правового регулювання, який передбачає рівність сторін, їх ініціативу, право наділення і можливість самостійно використовувати свої права і розпоряджатися ними.

Важливою особливістю цивільного права є те, що принцип рівності суб'єктів цивільних правовідносин, це принцип рівності правоволодіючих суб'єктів. Це означає, що особа – суб'єкт цивільних правовідносин має усвідомлювати свою значущість як учасника цих відносин, заснованих на правоволодінні і свої можливості для реалізації своїх інтересів і їх захисту. Санкції в цивільному праві перш за все спрямовані на те, щоб дати можливість особі самій вирішити питання як захищати свої інтереси. Цим обумовлена і позовна форма реалізації права на захист суб'єктивних прав в цивільних правовідносинах, і співвідношення санкцій, які містять способи захисту і заходи відповідальності в системі цивільно-правових санкцій.

Зрозуміло, що способи захисту, як і заходи відповідальності для свого забезпечення пов'язані з державним примусом. Оскільки цивільно-правове правоохоронне регулювання, як правило, побудоване на принципах дозвільно-диспозитивного регулювання, яке відображає визначену цивільним законом міру самостійності особи в розпорядженні своїми правами по захисту своїх інтересів, то воно в будь-якому випадку – і при застосуванні способів захисту, і при застосуванні заходів відповідальності – пов'язане із задоволенням інтересу певної особи (кредитора, потерпілого). Це обумовлює дуже важливі особливості як самої цивільно-правової відповідальності, так і правовідношення цивільної відповідальності, а також визначає роль і місце цивільно-правової відповідальності в складі комплексного загально правового інституту юридичної відповідальності, його функціональні зв'язки з іншими цивільно-правовими правоохоронними засобами.

Цим обумовлюються ті особливості як і характеру впливу цивільно-правових заходів відповідальності, так і структури власне правових засобів і їх взаємозв'язок. Якщо задоволення майнового інтересу не досягнуто шляхом зобов'язання, тобто шляхом урегульованої цивільним правом суспільно-корисної діяльності, яка здійснюється на користь особи – сторони в зобов'язанні (кредитора або потерпілого), тобто якщо правове регулювання не може забезпечити його задоволення шляхом правової зобов'язаності осіб – сторін в

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

зобов'язанні, тоді вступає в дію цивільно-правова відповідальність, тому що зобов'язання залишилось невиконаним, а інтерес – незадоволеним. Такий механізм захисту прав та інтересів осіб – фізичних і юридичних.

Застосування цивільно-правової відповідальності означає, що правомірний інтерес особи отримує додатковий захист з боку держави. Все цивільне право по суті пов'язано із задоволенням правомірного інтересу особи – фізичної чи юридичної особи. Вся цивільно-правова організація позитивної діяльності, а також охоронна діяльність зосереджені на захисті цього інтересу. Без врахування даної обставини неможливо зрозуміти особливості цивільно-правової відповідальності, сам механізм її дії впливу і напрямок розвитку.

Відповідальність нерозривно пов'язана з санкціями, тобто з невиконаними наслідками для особи, з ущемленням її інтересів і це природно, бо відповідальність виконує завдання виховання людей і попередження правопорушень, вона настає після здійснення правопорушення. Саме правопорушення є тим юридичним фактом, який породжує правовідношення юридичної відповідальності. Отже, для механізму дії відповідальності уявляється є дуже важливим досягнення виховно-попереджувальної ефекту як кінцевого результату. Обтяження, які виникають при реалізації санкцій, в яких виражається відповідальність, повинні мати характер тягаря, який існує і накладається зверх звичайного напруження і витрат при виконанні звичайної діяльності.

Засуджуючи і караючи правопорушення, держава захищає інтереси всього суспільства – і це один аспект цивільно-правової відповідальності. Другий аспект полягає в тому, що осуд і покарання правопорушника відбувається, як правило, за рахунок переміщення благ від однієї конкретної особи до іншої. Третій же аспект полягає в тому, що в результаті такого переміщення реалізується принцип справедливості, розумності та добросовісності і розвиток всіх трьох аспектів дозволяє конструювати цивільно-правову відповідальність як ефективний правовий інструмент.

Механізм правового регулювання цивільно-правової відповідальності має свої структурні елементи. До них перш за все потрібно віднести: 1) правові норми об'єктивного права, в яких відповідальність знаходить свій вираз; 2) суб'єкти відповідальності і правовідношення, в якому відповідальність реалізується; 3) санкції – несприятливі наслідки для особи, яка здійснила правопорушення.

Цивільно-правова відповідальність уявляє з себе певну систему, засновану на тому, що вона побудована і має своїм стрижневим елементом інтерес конкретних осіб, які вступили в правовідношення. Особливість цивільно-правової відповідальності, яка полягає в тому, що вона настає не тільки перед державою (як всі інші види юридичної відповідальності), а і перед окремою особою, обумовлює специфіку механізму цивільно-правової відповідальності, яка пов'язана з особливостями руху відповідальності з області об'єктивного

права в область реалізації правових норм цивільно-правової відповідальності, де суб'єкти відповідальності вступають в правовідносини.

Правовідношення відповідальності породжено одним і тим же юридичним фактом — цивільним правопорушенням, але виникає воно у суб'єкта відповідальності з двома різними особами — фізичною або юридичною особою, з одного боку, з державою — з іншого. Це обумовлює особливості захисту прав та інтересів осіб в цивільному праві з допомогою відповідальності.

Всі цивільно-правові санкції свідчать про те, що за рахунок особи, яка скоїла правопорушення, відбувається перерозподіл майнових благ на користь особи, яка постраждала від споєння правопорушення, тобто вона зацікавлена одержати ці санкції, відшкодувати збитки в повному обсязі, її інтерес безумовно є правомірним і заслуговує на підтримку з боку держави і суспільства. Однак на цьому інтерес громадянина чи юридичної особи вичерпується, хоча соціальна його значущість звичайно велика: відбувається відплата правопорушнику за здійснення правопорушення і задоволення принципу соціальної справедливості, бо потерпілий відновлює порушені права. Проте це не означає, що соціальні наслідки, з якими пов'язана цивільно-правова відповідальність цим обмежуються. Правопорушення не лише ущемляє інтереси окремих осіб, воно порушує правопорядок, тобто такий механізм правового управління, з яким пов'язані інтереси всього народу. В результаті правопорушення порушує не лише інтереси конкретної особи, але й порушуються інші — спільні для багатьох людей інтереси, пов'язані із конкретною сферою суспільно-корисної діяльності. Правопорушення має і те негативне значення, що воно приносить не лише конкретну шкоду, викликану порушенням певних заборон, але також обмежує сферу корисної діяльності особи, заважає їй в повній мірі володіти тими правами, які вона має як суб'єкт права. Тому невипадково, що правовідношення цивільно-правової відповідальності, як і будь-якого іншого виду юридичної відповідальності, обов'язково виникає перед державою.

Роль держави тут полягає не в тому, що вона гарантує виконуваність виниклого на базі такого юридичного факту як правопорушення правовідношення цивільної відповідальності перед окремою особою, а в тому, що вона також виступає як суб'єкт правовідношення цивільно-правової відповідальності.

Покаральна (репресивна) функція юридичної відповідальності нерозривно пов'язана з її попереджувально-виховною функцією через ту втрату, яка слугує додатковим обтяженням, яке покладається на суб'єкта відповідальності. При настанні цивільно-правової відповідальності характер втрати має особливість, що втрата майнова (і це принципово важливо) покладається з певною метою — компенсувати втрату, яка сталася в результаті здійсненого правопорушення, і відновити порушене суб'єктивне право постраждалої особи. Отже, в правовідношенні відповідальності суб'єктивний обов'язок перетерпіти полягає в тому, щоб перетерпіти зменшення майнового блага, яке належить суб'єкту відповідальності, в розмірі, що відповідає повній майновій компенсації того

Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України

блага, яке було втрачено особою, яка постраждала від правопорушення, або в розмірі тої майнової санкції, яка встановлена законом або договором.

Такому характеру суб'єктивного обов'язку перетерпіння відповідає суб'єктивне право потерпілого вимагати стягнення збитків, відновлення в натурі, виплати штрафних санкцій. З суб'єктивним правом і обов'язком з даного правовідношення пов'язана відновлювально-компенсаційна функція цивільно-правової відповідальності.

Сутнісна модель юридичної відповідальності у цивільно-правовій як її виду полягає в тому, що досліджувана сфера стосується протиправної поведінки, тобто сфери, де особа здійснює вчинки, які порушують закон. І далі: вчинок здійснює певна особа. В цьому вчинку вона виражає своє ставлення до суспільства, а цивільно-правова відповідальність покликана, як правовий інструмент, здійснювати вплив на поведінку людей в сфері протиправної і передпротиправної поведінки.

Цивільно-правова відповідальність є реакцією суспільства і держави на правопорушення. Характер реакції полягає в засудженні суспільством і державою правопорушення і ставлення особи, яка скоїла правопорушення, до правопорядку, суспільству в цілому і до конкретних осіб, правам і інтересам яких в результаті правопорушення нанесена шкода. Цим виражається захист і механізм захисту їх інтересів.

Механізм цивільно-правової відповідальності має удосконалюватися: необхідна більш широка диференціація санкцій і умов їх застосування, більш тісний зв'язок самої цивільно-правової відповідальності з ефективністю санкцій. Конструкція цивільно-правової відповідальності повинна бути тісніше пов'язана з позитивним правовим регулюванням. Все це дасть можливість посилити захист і охорону цивільних суб'єктивних прав і інтересів конкретних осіб, правам і інтересам яких в результаті правопорушення нанесена шкода. Цим виражається захист і механізм захисту їх інтересів.

Механізм цивільно-правової відповідальності має удосконалюватися: необхідна більш широка диференціація санкцій і умов їх застосування, більш тісний зв'язок самої цивільно-правової відповідальності з ефективністю санкцій. Конструкція цивільно-правової відповідальності повинна бути тісніше пов'язана з позитивним правовим регулюванням. Все це дасть можливість посилити захист і охорону цивільних суб'єктивних прав і інтересів конкретних осіб, правам і інтересам яких в результаті правопорушення нанесена шкода. Цим виражається захист і механізм захисту їх інтересів.

Механізм цивільно-правової відповідальності має удосконалюватися: необхідна більш широка диференціація санкцій і умов їх застосування, більш тісний зв'язок самої цивільно-правової відповідальності з ефективністю санкцій. Конструкція цивільно-правової відповідальності повинна бути тісніше пов'язана з позитивним правовим регулюванням. Все це дасть можливість посилити захист і охорону цивільних суб'єктивних прав і інтересів.

РОЛЬ І ЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В СУСПІЛЬСТВІ¹

(упорядник Альона Соловей)

Згідно із статтею 2 Цивільного кодексу України учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави. Цивільним законодавством встановлено, що суб'єктами цивільного права можуть бути й інші суб'єкти публічного права.

Суб'єкти цивільного права є необхідними елементами цивільних правовідносин. Загальне формулювання цивільних правовідносин передбачає, що «правовідношення – це ідеологічне відношення, яке існує в формі зв'язку суб'єктів урегульованого правом суспільного відношення, яке виражається в наявності у них суб'єктивних прав і обов'язків»². Наявність суб'єктивних прав і обов'язків характеризує суб'єктів будь-яких суспільних відносин, але зміст суб'єктивних прав безпосередньо пов'язаний з предметом і методом регулювання певної галузі права. Щодо суб'єктивних прав у цивільному праві, то їхній зміст пройшов певну еволюцію в юридичній науці. Так, В. І. Синайський вказує, що «цивільні права служать для задоволення потреб «людини в суспільстві», точніше в цивільному обороті, але ці права підсумовуються в загальне поняття приватної правової сфери, яка сама по собі існує в припущенні приналежності її будь-кому. Той, кому в цивільному обороті належить ця правова сфера, хто є її носієм, її центром, – і є особа в праві, або суб'єкт права»³.

Як бачимо, акцент у цьому визначенні, запропонованому В. І. Синайським, робиться на існування особи в праві, в цивільному обороті. За нею визнаються права і обов'язки. Такий розгляд питання властивий для багатьох класиків цивілістики, однак протягом минулого століття дещо змінилося поняття приватної сфери, що стосується цивільного права і на сьогодні цивільне законодавство охоплює правове регулювання особистих немайнових відносин і майнових відносин (цивільних відносин), заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, що і становить предмет цивільно-правового регулювання (ст. 1 Цивільного кодексу України).

Отже, в сучасному цивільному праві існує поєднання майнових і немайнових відносин і відповідно – суб'єктів майнових і немайнових відносин. Проте основний зміст відносин, які регулюються цивільним правом, складають майнові відносини, тому найбільший інтерес у регулюванні цивільних

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Роль і значення суб'єктів цивільного права в суспільстві (С. 7-29). В кн.: Суб'єкти цивільного права / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2009. 630 с.

² *Гражданское право*, т. 1., изд. 3. Москва: Волтерс Клувер, 2006. – 118 с.

³ *Синайський В. И. Русское гражданское право*. Москва: Статут, 2002. 91 с.

правовідносин складають ті відносини, в яких суб'єкт цивільного права виступає як власник, коли мова йде про право власності або права на чужі речі, і як кредитор або боржник, коли розглядаються про зобов'язальні правовідносини. Спадкові права, делікти теж суттєво пов'язані з визначенням майнової сфери суб'єктів цивільного права. Значно менше пов'язане право інтелектуальної власності.

У процесі розвитку українського суспільства спостерігається ріст і значення ринкових факторів і це зумовлює появу нових поглядів на роль і значення суб'єктів цивільного права. Положення суб'єктів цивільного права України визначається організацією економіки України, розвитком суспільних відносин, іманентних цьому суспільству, розвитком законодавства (наприклад, системи угод СОТ), врахуванням програм щодо інтеграції України до Європейського Союзу, розвитку громадянського суспільства, упорядкуванню і вирішенню проблем співвідношення цивільного і господарського законодавства, визначення Конституції як Основного закону країни.

Основний поділ суб'єктів цивільного права визначений в ст. 2 Цивільного кодексу України, яка має назву «Учасники цивільних відносин».

Як учасників цивільних відносин називають насамперед фізичних осіб та юридичних осіб. Закон визначає цивільну правоздатність фізичної особи (ст. 25 ЦК України), цивільну дієздатність фізичної особи (ст. 30 ЦК України), за обсягом цивільної дієздатності поділяє фізичних осіб на тих, які мають часткову цивільну дієздатність – особи, які не досягли 14 років (ст. 31 ЦК України), неповну цивільну дієздатність – фізичні особи від 14 до 18 років (ст. 32 ЦК України), особи, які мають повну цивільну дієздатність (ст. 34 ЦК України), досягли 18 років, тобто повноліття. Таким є поділ фізичних осіб. Складнішим є поділ юридичних осіб. Юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права (ст. 81 ЦК України). Класифікація юридичних осіб приватного права відбувається згідно з Цивільним кодексом України, яким встановлюється порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права (ст. 81 ЦК України). Також існує вичерпний перелік форм юридичних осіб приватного права. Юридичні особи приватного права мають форму товариств та установ, хоча законом дозволено їх створення і в інших формах (ст. 81 ЦК України). Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі (ст. 81 ЦК України). Згідно з кодексом товариство є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено і однією особою, якщо інше не встановлено законом (ст. 83 ЦК України). Критерієм під час визначення виду товариства є мета – одержання чи неодержання прибутку. Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, ко-

мандитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи. Товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками, – це не-підприємницькі товариства (ст. 84-85 ЦК України).

Є ще один вид юридичних осіб – це установи (ст. 83 ЦК України). До установ належать організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна.

Існують різні класифікації юридичних осіб. Так, В.І. Борисова розподіляє юридичні особи залежно від їх правового становища на певні групи: 1 – залежно від порядку їх створення – на юридичні особи приватного права і юридичні особи публічного права; 2 – залежно від способу створення – на юридичні особи, що створюються у нормативно-явочному порядку та юридичні особи, що створюються в розпорядчому порядку; 3 – залежно від виду установчих документів – на юридичні особи, які працюють за статутом, юридичні особи, установчим документом яких є засновницький договір, юридичні особи, документом яких є установчий акт, юридичні особи, установчим документом яких є одноособова заява (меморандум); 4 – за метою діяльності – на підприємницькі та непідприємницькі товариства; 5 – залежно від прав, які за-сновники (учасники, члени) можуть мати щодо юридичної особи, її майна; 6 – за правовим режимом майна; 7 – залежно від складу засновників; 8 – за кількісним складом засновників окремих організаційно-правових форм; 9 – за організаційними ознаками; 10 – залежно від наявності економічної залежності; 11 – за особливостями правового становища.

Постатейний науково-практичний коментар «Цивільний кодекс України», відповідальними редакторами якого є професор Н.С. Кузнецова і професор А.С. Довгерт, відзначають таку важливу обставину українського законодавства як те, що «за рамками ЦК уперше залишилися «державні і комунальні підприємства та установи», яким належить майно на праві господарського відання чи оперативного управління» і додають: «Існування таких юридичних осіб суперечить норманському обороту і зберігається лише внаслідок тривалого перехідного стану вітчизняної економіки. Цей «острівець минулого» з часом трансформується в ринкові форми юридичних осіб приватного або публічного права».

Вид і перелік юридичних осіб за цивільним законодавством цілком залежить від стану української економіки. Фізичні особи використовують у цивільному обороті певні юридичні конструкції, пов'язані з проблемою похідної особистості, тобто юридичної особи, тому цю проблему слід розглядати в ретроспективі – в радянську епоху основною одиницею в народному господарстві було підприємство, нині зв'язки і взаємодії між людьми змінилися і продовжують змінюватися. Історична ретроспектива і історична перспектива

підтверджують такий шлях розвитку суспільства, коли результатом його є визначення певної одиниці – суб'єкта економічних відносин і цивільних право-відносин об'єднання, а не підприємства. В дійсності суть підприємства, як визначає Й. О. Покровський, полягає в тому, що «підприємство щодо підприємця як певна жива істота, яка в своєму рахівництві, організації і фірмі веде своє особливе, незалежне господарське існування. Проте це існування має свої закони»¹.

Ринкова організація господарства потребує чіткого уявлення про визначення правового становища юридичних осіб. Адже саме у цьому питанні є багато суперечливого. Насамперед потребує розгляду саме поняття підприємства і його місця в системі юридичних осіб. Поняття підприємства, як зазначалося в Цивільному кодексі України, не існує, натомість вказується в законодавстві (ст. 81 ЦК України), що юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб або майна. Такий підхід до існування юридичних осіб має значне історичне підґрунтя, на що вже зверталася увага в літературі. «Як відомо, – вказує російський учений правознавець, Є. О. Суханов, в дореволюційній правознавчій літературі підприємство беззастережно визнавалося об'єктом, а не суб'єктом «торгової» (підприємницької) діяльності. Справа в тому, що «підприємство» в економічному смислі завжди розглядалося як «торговий промисел», «бізнес» особи, що його вела, тобто певний вид діяльності, економічно відокремлений від особистого майна підприємця, який веде свою справу»².

Однак у радянські часи підприємство стало основою ланкою народного господарства. Це вже не об'єкт, а суб'єкт і таким воно утвердилося в Господарському кодексі України (ст. 62 ГК України). «Підприємство – самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами»³.

Отже, в законодавстві окрім сфери, визначеної ст. 1 Цивільного кодексу України – немайнові і майнові (цивільні) відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників і визначились також відносини так званої сфери господарювання, тобто відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Як розглядати суб'єкти господарювання щодо суб'єктів цивільного права? Чи збігаються ці поняття, чи розмежовуються, чи перетинаються? Варто заува-

¹ Покровський Й. А. Основные проблемы гражданского права. Москва, 1998. С. 144-162.

² Суханов Е. А. Гражданское право России – частное право. Москва, 2008. 426 с.

³ Господарський кодекс України, Київ, 2008. С. 35.

жити, що учасники цивільних відносин і учасники відносин сфери господарювання у значною мірою збігаються, тому що інтереси і діяльність тих та інших пов'язана з таким важливим для учасників відносин фактором як майно.

Сфера розподілу цих відносин залежить від визначення правовідносин з тими чи іншими учасниками. Визначений напрям цивільно-правового регулювання – це напрям свободи волі, вирішення питань на власний розсуд, забезпечення власними силами своїх інтересів. Тобто, це напрям, який ставить людину на перше місце. Одночасноце й напрям, який вимагає від людини максимального напруження власних сил для вирішення своєї долі. Захищаючи інтереси людини, цивільне право тим самим одночасно захищає інтереси всього суспільства. Цивільне право – це приватне право.

Інші ознаки властиві господарському праву. Сферу господарських відносин, вказується в Господарському кодексі, становлять господарсько-виробничі, організаційно – господарські та внутрішньогосподарські відносини. Це означає, що господарські відносини, господарська діяльність стоять над людьми. Основним є сам процес здобування матеріальних благ, а не людина, для якої цей процес відбувається.

Господарська діяльність визначає у такий спосіб і правове становище суб'єктів господарювання. Прадосуб'єктність суб'єктів господарювання пов'язана зі сферою правового регулювання, яка охоплює Господарський кодекс. Стаття 4 (п. 5) цього кодексу вказує: господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання внаслідок безпосереднього здійснення господарської діяльності, поняття якої розтлумачено в ст. 3 Господарського кодексу. Згідно з цією статтею під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 Господарського кодексу).

Фактично це означає виконання і здійснення цивільно-правових договорів, спрямованих на передачу майна у власність (купівля-продаж, дарування, міна тощо), на передачу майна у тимчасове користування (лізинг, оренда, тощо), договорів про надання послуг (комісія, перевезення, тощо), договорів на виконання робіт (зокрема, підряду) та інші, які розміщені в Цивільному кодексі розділ Цивільного кодексу «Окремі види зобов'язань», і вони ж розміщені відповідно в розділі 6 Господарського кодексу «Особливості правового регулювання в окремих галузях господарювання».

Отже, спостерігається збіг правосуб'єктності цивільно-правової (ст. 25, 80 Цивільного кодексу), (з розмежуванням суб'єктів цивільного права на фізичних і юридичних осіб), і правосуб'єктності суб'єктів господарювання, які визначаються в Господарському кодексі в ст. 2 як «учасники відносин у сфері господарювання», а зміст їхньої правосуб'єктності пояснено в ст. 3 Госпо-

дарського кодексу, яка має назву «Господарська діяльність та господарські відносини».

Серед критеріїв, які лежать в основі класифікації суб'єктів господарського права у методичній літературі, щодо господарського права, на думку вчених-господарників, виділяється єдиний: «зміст діяльності або функції суб'єкта, які він виконує в економічній системі України»¹. Класифікація суб'єктів господарського права повністю від-повідає змісту предмета регулювання так, як він визначається в ст. 1 Господарського кодексу і полягає в тому, що господарювання, господарська діяльність визначає і суб'єктів господарювання, які її здійснюють, тобто визначення суб'єктів господарювання пов'язане саме з процесом діяльності, а не з певними суспільними відносинами, які визначають предмет господарського права як галузі права.

Тому не дивно, що господарська діяльність є дотичною до різних суспільних відносин, а господарське правове регулювання втручається у сферу «чужих» суспільних відносин, накладається на такі відносини, і на «чуже» правове регулювання, тобто відносини ці вже врегульовані цивільним, адміністративним, кримінальним, природо-ресурсним чи іншим видом права. Тому й виникають колізії, суперечність норм господарського права, зокрема, з цивільним правом, оскільки цивільне право регулює майнові відносини, а господарське в розділі III Господарського кодексу всиновлює правове регулювання майнових основ господарювання (тобто процесу господарювання). У Господарському кодексі з'являються правові норми, подібні ст. 133 Господарського кодексу «Правовий режим майна суб'єктів господарювання», ст. 134 «Право власності – основне речове право у сфері господарювання», хоча Цивільний кодекс України незалежно від того, яке відношення до цього має сфера господарювання і процес господарювання містить книгу третю «Право власності та інші речові права», в якій детально регулюються загальні положення про право власності, набуття права власності, його припинення, захист та інше.

У розділі I книги третьої Цивільного кодексу є стаття «Суб'єкти права власності», де чітко визначаються, суб'єкти права власності, визначено учасників цивільних відносин, а також пояснено зв'язок суб'єктів цивільних відносин з правом власності – основним речовим правом. Проте втручання Господарського кодексу у майнову сферу суб'єктів цивільного права є далеко не індивідуальним і має не лише майнові, але й політичні висновки. Ст. 133 Господарського кодексу визначає, що основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їхня господарська діяльність, становить право власності та інші речові права – право господарського відання, право оперативного управління. Це фактично є самовизначення цих прав як речових, тому що в Цивільному кодексі України про них мова не йде. Введення

¹ Щербина В. С. Господарське право України. Київ, 1999. 53 с.

поняття «речові права» обумовлено тим, що суб'єктом господарювання в Господарському кодексі виступає своєрідна організаційна форма юридичної особи – підприємство (ст. 62 Господарського кодексу), яке без наявності цих прав не змогло б діяти. Згідно з правом господарського відання суб'єкт підприємництва (саме така термінологія подана у статті), володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленням за ним власником (уповноваженим ним органом) з обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених законами. Щодо стосується права оперативного управління, то ним визнається речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленням за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності у межах, встановлених Господарським кодексом та іншими законами, а також власником майна (уповноваженим ним органом) (ст. 137 Господарського кодексу).

Оскільки згідно із ст. 55 (п.п. 1.2) суб'єктами господарювання є господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до Господарського кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку, а також громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці, то, зрозуміло, що названі юридичні особи і фізична особа-підприємець повинні здійснювати свою правосуб'єктність відповідно до Цивільного кодексу, де зосереджено правове регулювання щодо юридичних осіб та їхньої діяльності, а також щодо фізичної особи-підприємця.

Наявність таких речових прав як право господарського відання і права оперативного управління в редакції ст. 136, 137 Господарського кодексу передбачає, що суб'єкт господарювання може і не бути власником, а, отже, підприємство будь-якої форми (так, як воно позначене в Господарському кодексі) також може не бути власником, за ним може стояти інший власник. Ця модель відображає радянські часи, коли за підприємством стояв такий власник як держава, і державна власність була домінуючою. Наявність підприємства як організації-господарюючого суб'єкта, юридичної особи, яка бере повноправну участь у цивільному обороті, призводить до переоцінки значення підприємства як одиниці цього обороту і одиниці економічної системи України, до затримки розвитку справжніх товарно-грошових відносин.

Конструкція юридичної особи є невід'ємною частиною цивільних правовідносин, «які являють собою особливий, самостійний вид реально існуючих суспільних відносин»¹, це змістовна цивільно-правова конструкція, спрямо-

¹ Суханов Е. О. Юридические лица в современном российском гражданском праве. Гражданское право России – частное право. Москва, 2008. С. 433.

вана на те, щоб зменшити учасникам такої організації «ризик своїх майнових витрат, одержати цілком реальне, а не фіктивне задоволення своїх майнових вимог, що і відповідає потребам майнового обороту». Визначення «поняття конструкція юридичної особи» вказує на зв'язок юридичної особи з такою економіко-правовою категорією як майно і з такими категоріями як власність і право власності. Як в нормативно-правовому просторі України визначення правового регулювання з участю суб'єктів господарювання позначається на правовому регулюванні цивільних правовідносин з участю юридичних осіб – учасників цивільного обороту, носіїв товарно-грошових відносин?

Прийняття Господарського кодексу суттєво погіршило становище з урегулюванням питання розмежування правового регулювання суспільних відносин в економіці.

Цивільний кодекс є тим основоположним актом, згідно з яким здійснюється правове регулювання всіх майнових відносин товарно-грошового характеру, тобто він є законом і загальною дією, і спеціальним законом, а ось особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання (так вони визначаються в ст. 9 Цивільного кодексу) регулюються Господарським кодексом України, хоч залишаються проблемним питанням: як саме відзначити ці особливості.

Господарські відносини, до яких звертається Господарський кодекс, не можуть бути господарськими відносинами взагалі, в загальному плані. Це методологічно неправильний підхід, оскільки кожний із аспектів господарських відносин має свої суттєві особливості з предмета регулювання і його методу – діяльність банків відрізняється від діяльності зі збору податків, питання реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності відрізняється від зовнішньоекономічної діяльності, а штрафні і оперативні-господарські санкції, наприклад, в гл. 26 Господарського кодексу, становлять суміш цивільних і адміністративних положень. Тільки й того, що все це стосується одних і тих же суб'єктів (поняття яких теж дуже розмите), а саме тих, що здійснюють господарську діяльність. Ніхто не перешкоджає цим суб'єктам здійснювати господарську діяльність, але лише за цією ознакою не можна створювати цілий кодекс. В результаті потрібно безліч кодексів, які опосередковують будь-який вид діяльності людини. Отже, з кожного виду цієї діяльності потрібен кодекс, без якого ніяк неможливо визначити, що і як регулювати. З цього стає очевидним безглуздість прийняття і існування Господарського кодексу.

На неринковий характер Господарського кодексу вказувалося в юридичній літературі. Неринковий характер означає перевагу в правовому регулюванні економіки впливу держави, її значення і ролі, і, як наслідок, зменшення ролі і значення приватної підприємницької діяльності юридичних осіб (а також їх об'єднань) як елементів цивільного обороту.

Значущість юридичної особи в цивільному праві визначається її значущістю в цивільному обороті. На органічну єдність юридичної особи і цивільно-

правових відносин як особливість цивільного права, вказував Є.О. Суханов, підкреслюючи значення феномена юридичних осіб для цивільно-правових майнових відносин. «Статус юридичної особи надає будь-якій організації лише можливість самостійної участі в цивільно-правових майнових відносинах, але ніяк не зумовлює її становища в інших (цивільно-правових) стосунках, де навіть відсутність такого статусу сама по собі ніяким чином не впливає на публічно-правове положення відповідної організації і виконання нею своїх публічно-правових функцій»¹.

Тому вказівка Господарського кодексу на засади господарювання і регулювання господарських відносин як предмет регулювання Господарського кодексу має дуже опосередковане значення для юридичних осіб і їхньої діяльності, яка своїм підґрунтям має Цивільний кодекс і цивільно-правові майнові відносини. Гірше те, що враховуючи фактичні реалії чинних суспільних відносин, Господарський кодекс націлює їх розвиток на старі, архаїчні форми співвідношення владних повноважень держави і суб'єктів підприємницьких (суди відносять і цивільні) відносини. Погляд на стан сучасного правового регулювання економіки свідчить, що адміністративно-командна система не могла щезнути раптово, вона переформатувалася в деяких сучасних нормативно-правових актах, в тому числі і Господарському кодексі. Якщо ми поглянемо на статті 8, 9, 10, 11, 12 цього кодексу, то весь час стикаємося з такими поняттями як «господарська компетенція органів державної влади та органів місцевого самоврядування», «економічна і соціальна політика держави», «економічна тактика», «контроль», «стратегія» і т.п. Виникає думка, що мова йде не про вільну економіку, яку організують і втілюють вільні люди, а про жорсткі схеми поведінки, визначені державою, яка стоїть над людиною.

І виникає питання – а де ж тоді товарно-грошові відносини, де ринок, до якого ми нібито прямуємо – все має підпорядковуватися тому правовому регулюванню економіки, яке визначає Господарський кодекс.

Потрібно брати до уваги, що у нас зараз не соціалістичний застій, а третє тисячоліття з постіндустріальним суспільством пост-модерн, в якому домінантну роль відіграють якості людини, її досягнення у сфері культури й освіти, отримання кваліфікації на найвищому рівні і особистої, саме особистої ролі в суспільстві, в тому числі і в економіці.

Людину потрібно розглядати в контексті цінностей, які набувають значення саме в постіндустріальному, а не в індустріальному суспільстві, яке належало до ХХ ст. і відходить разом з ним. Первинною стає організація підприємницької діяльності, в якій людина створює сама себе, і саама для себе набуває таких рис, як освіченість, працьовитість, набуття високої кваліфікації. Сама підприємницька діяльність в епоху постіндустріалізму набуває високих

¹ Суханов Е. А., Авиллов Г. Е. Юридические лица в современном российском гражданском праве. Гражданское право России – частное право. Москва, 2008. 442 с.

технологій, активним є введення інновацій, широке використання електронних засобів у всіх видах діяльності. Якщо розглядати особливості права, яке опосередковує підприємницьку діяльність, то варто відзначити, що його засади належать до цивільного права, яке найкраще відповідає стану людини як суб'єкта права – незалежність, рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність учасників цивільних правовідносин.

Підприємницькі відносини є за своєю суттю інструментом правового регулювання цивільних майнових відносин. Механізм існування юридичної особи передбачає виключення процесу господарювання, яке суперечить принципу свободи підприємництва і спрямування на становлення господарсько-виробничих, організаційно-правових і внутрішньо-господарських відносин (п. 4 ст. 2 Господарського кодексу), тобто відносин, які з відносинами цивільного обороту, в якому власне існує юридична особа, не пов'язані безпосередньо з визначенням сутності поняття юридичної особи в тому, що «статус юридичної особи дає будь-якій організації лише можливість самостійної участі в цивільно-правових майнових відносинах, але ніяк не зумовлює її положення в інших (публічно-правових) відносинах, де навіть відсутність такого статусу сама по собі ніяким чином не впливає на публічно-правове положення відповідної організації і виконання нею своїх публічно-правових функцій»¹.

Існування конструкції юридичної особи в цивільно-правових відносинах становить характерну особливість цих відносин. Юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку, – вказується в ст. 80 Цивільного кодексу. Отже, її визначає особливий порядок створення, іманентний саме для цивільно-правових відносин, але всі організації – і ті, що є юридичними особами, і неюридичні особи є учасниками суспільних відносин і виконують свої функції. Широкий розвиток суспільних відносин пов'язаний з розвитком економіки, в якій цивільно-правові відносини, що базуються на товарно-грошових відносинах, займають одне із провідних місць. «Предметом цивільно-правового регулювання, як відомо, є товарно-грошові відносини, економічна природа яких не підлягає сумніву, – вказує Є.О. Суханов, – Давно відоме і аксіоматичне положення про визначальний вплив цих економічних відносин на зміст їх правового опосередкування і про вельми широку, хоч й відносну самостійність правової форми регулювання економічних відносин. Водночас, незважаючи на тісні взаємозв'язки і взаємодію багатьох правових і економічних явищ, які дозволяють говорити про появу економіко-правових категорій, сфера застосування політико-економічних і юридичних (у даному випадку цивільно-правових) конструкцій і понять повинна досить чітко розмежовуватися. В цьому процесі потрібно виділити співвідношення управлінських і ринкових категорій».

У процесі розвитку українського суспільства спостерігається ріст і зна-

¹ Там само.

чення ринкових факторів, проте варто вказати і на наявність конфлікту між ринковими і управлінськими відносинами. Демократичні процеси в суспільстві повинні мати єдину методологічну основу, інакше існує загроза їх розбалансування і зіткнення. В цьому плані великого значення набуває спрямованість політики здійснення демократичних реформ. Надмірне захоплення соціальними заходами, бажання все «зарегулювати» призводить до того, що економіка взагалі покидає сферу регулювання з боку держави, незважаючи на добродійні наміри. Існує певний відтінок співвідношення ринкових і управлінських відносин. Управлінські відносини мають «обслуговувати» ринкові і, в цьому – їх зміст, а не навпаки. Отже, питання пріоритету ринкових відносин беззаперечне. Соціальна політика залежить від стану економіки. Якщо підприємці, які власне рухають економіку, не будуть мати належних прибутків, якщо запанує «зрівнялівка», економіка країни впаде. Якщо в країні не поважається право приватної власності, ця країна не стане багатою ніколи. Саме Конституція має сприяти утвердженню поєднання ринкових відносин з регулюючою роллю держави в розвитку економіки, проте в Конституції відсутні правові норми, які регулюють економічну основу держави Україна, є лише окремі норми, що стосуються права власності.

В існуванні української економіки слід врахувати ліквідацію командно-адміністративної системи управління, яка була побудована на безпосередньому управлінні держави економікою, і це у правління стало непотрібним і почало заважати розвитку виробничих сил. Два фактори зараз вийшли на арену суспільних сил в економіці: влада і бізнес. Їхнє співвідношення визначає шляхи розвитку економіки, а також значення має те, в якому вигляді і формі виступають ці компоненти. Це є також сфера, в якій виступають і діють суб'єкти цивільних правовідносин.

Ретроспективний погляд на сучасне співвідношення бізнесу і управління економікою дозволяє констатувати, що відбулося певне поширення тінювих структур, навіть поширення псевдоринкових стосунків, яке спрямоване на встановлення свого тінювого контролю, навіть контролю з боку «свого» бізнесу від тінювих представників влади. Створилася певна соціальна сфера неформальних зв'язків, які посіли значне місце у визначенні шляхів бізнесу, формування його правових форм. Отже, утворився зв'язок держави з бізнесом, з його структурами, але залишилося відкритим питання про інституційні форми такого зв'язку, формування такої системи зв'язків як бізнес-управлінські структури.

Прийняття суттєвих рішень на користь певного виду бізнесу з боку управлінських структур перемістилося в сферу неформальних стосунків, тінюва сфера все більше захоплює позиції, а правове регулювання впливу держави на бізнес, який після ліквідації командно-адміністративної системи став основним фактором і рушієм економіки, не набуло належних позитивних рис. З цього приводу слід відзначити негативну роль Господарського кодексу.

Метою встановлюваного Господарським кодексом господарського правопорядку є, як вказується в Цивільному кодексі в ст. 5, оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, при цьому принцип господарювання суперечить принципам, які виражені в цивільному праві і мають вирішальне значення при застосуванні цивільно-правових норм діяльності суб'єктів цивільних правовідносин. Насамперед це принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом (ст. 1 Цивільного кодексу), принцип неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом, принцип свободи договору, свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, принцип судового захисту цивільного права та інтересу, принцип справедливості, добросовісності та розумності (ст. 3 Цивільного кодексу).

Всі ці принципи загалом спрямовані на утвердження свободи підприємництва і суперечать засадам господарювання, які, згідно з багатьма статтями Господарського кодексу, зокрема ст. 8-9, спрямовані на виконання державою, органами державної влади, органами місцевого самоврядування від імені відповідної державної чи комунальної установи своєї господарської компетенції, здійснення поточної і довгострокової економічної і соціальної політики.

Невідповідність Господарського кодексу Цивільному кодексу є предметом постійного розгляду в літературі. «На сьогодні проблема співвідношення ЦК та ГК є вирішальною практичною проблемою європейської ринкової апроксимації правового забезпечення цивільних майнових відносин», — вказував О. К. Вишняков¹. Але не лише в літературі ці проблеми викликають занепокоєння. Визначення несумісності Цивільного і Господарського кодексів стало предметом обговорення і вищих урядових структур. Інтернет-газета «Ділові новини» повідомляє, що Кабінет Міністрів доручив Міністерству юстиції розробити порядок скасування Господарського кодексу, який міністерство має підготувати у вигляді проекту закону у двомісячний строк. Віце-прем'єр Г. Немиря вказує, що «Господарський кодекс є атавізмом радянських часів, що віджив своє». Він має бути скасований. Не потрібно Цивільного і Господарського кодексів, які створюють сум'яття й щодо інвесторів, і щодо громадських організацій. Уряд дав доручення Міністерству юстиції в 2-місячний строк розробити й внести проект закону «Про скасування Господарського кодексу».

Повертаючись до поєднання управлінських і ринкових категорій при управлінні економікою, правової форми під час регулюванні економічних відносин, варто зазначити, що в юридичній літературі вже вказувалося на необхідність появи економічного діалогу, «під яким розуміється процес стійкої взаємодії між суб'єктами владних повноважень, суб'єктами економічної

¹ Вишняков О. К. Автореф. док. дис. Одеса, 2008. 21 с.

діяльності та організаціями громадянського суспільства небізнесованого спрямування у процесі розробки й ухвалення рішень»¹.

Жаліло Я. А. розглядає економічний діалог як «інтегрований багаторівневий процес, у рамках якого відбувається постійна організована взаємодія між сторонами, до яких належать Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, профільні міністерства і відомства, місцеві органи державної влади, органи місцевого самоврядування, суб'єкти економічної діяльності та їх ділові об'єднання, власники, керівники, повноважні представники конкретних вітчизняних підприємств та транснаціональних компаній і т.п.»².

Цей діалог, вважають економісти, знаходиться в процесі розвитку, проте він не досяг поки що належного рівня, тому на сьогодні залишаються проблемними шляхи руху бізнесу, визначення і порядок формування ринкових відносин, місця бізнесу в громадянському суспільстві та й саме становище громадянського суспільства в сукупності суспільних відносин.

Економічний діалог – це взаємодія ринкових відносин з владою, яка має бути спрямована на визначення і здійснення такого сполучення управлінських і ринкових відносин, щоб можна було досягти максимально можливої ефективності економіки. Управлінські відносини повинні опосередковуватися правом і лише тоді може бути здійснена індивідуальна взаємодія бізнесу з владою.

У цьому сенсі важливими є питання правового регулювання права власності. Правове регулювання права власності насамперед має визначатися через Конституцію, проте спеціального розділу, який би присвячувався праву власності, Конституція не має, що суттєво негативно впливає на правове регулювання права власності в суспільстві, створює труднощі в діяльності суб'єктів цивільного права. Зрозуміло, що таке становище породжує різні суперечності в правовому просторі, зокрема, в цивільно-правовому регулюванні питань власності і це, значною мірою, стосується розмежування права приватної і права державної власності, впливу управлінських відносин на застосування права власності.

Проголиною в законодавстві є надто загальне тлумачення права державної власності. Ст. 327 Цивільного кодексу, окрім скупого визначення, що державною власністю є майно, в тому числі кошти, що належать державі Україна, ніякого іншого визначення не містить. Далі мова йде про здійснення права державної власності. Тобто зміст права державної власності не розкривається зовсім, а про саме здійснення воно відбувається з допомогою відповідних органів державної влади. У здійсненні втілюється воля держави Україна, від імені і в інтересах якої діють відповідні державні органи. Крім права державної власності існує право комунальної і приватної власності. В управлінських відносинах відбувається, так як і в ринкових, використання права власності, і

¹ *Господарський кодекс України*, Київ, 2008. С. 35.

² *Жаліло Я.А.* Економічний діалог як засіб суспільної консолідації в процесі соціально-економічного розвитку України. Стратегічні пріоритети 1(2), 2007. 108 с.

Ціннісні виміри права як феномена, регулюючого поведінку людини

це використання найбільше розбіжностей є в підприємницькій діяльності, де завдяки Господарському кодексу з'явилося право колективної власності, виражене у введенні підприємства колективної власності (ст. 93 Господарського кодексу).

Цивільним кодексом України визначено лише такі форми власності як приватна, державна і комунальна. Положень стосовно колективної форми власності Цивільний кодекс України не містить, що є цілком логічним, оскільки «колектив» не є і не може бути суб'єктом цивільного права (і ніколи не визнавався таким), він не є цілісною особою, а становить збір окремих конкретних осіб зі своїм окремим правовим становищем і інтересами. Цивільним кодексом колектив не визнавався як суб'єкт цивільних відносин і не є суб'єктом права власності, суб'єктом права приватної власності є юридична особа (ст. 325 Цивільного кодексу), і як юридична особа діє в цивільному обороті.

Сфера правомірного досягнення індивідуальних «приватних» інтересів і отримання прибутку в умовах конкуренції доповнюється сферою захисту інтересів суспільного блага і безпосередньо суспільних інтересів, які не розраховані на одержання прибутку і не беруть участі в конкуренції. Дуже важливим є визначення цієї сфери. Її називають публічною або ж державною. Ті суспільні інститути, в тому числі і правові, які входять в дану сферу, повинні мати в розпорядженні грошові доходи, які не виникли в ринкових відносинах, це примусові платежі або податки. Суб'єкти цивільно-го права діють в обох сферах.

Встановлення між публічним і приватним правом оптимального співвідношення і взаємодії стає центральною і найбільш актуальною проблемою розвитку і удосконалення правової системи України. Тут знайде своє місце і цивільне право в аспекті оптимального співвідношення публічного і приватного права.

ЦІННІСНІ ВИМІРИ ПРАВА ЯК ФЕНОМЕНА, РЕГУЛЮЮЧОГО ПОВЕДІНКУ ЛЮДИНИ¹

(упорядник Роман Неколяк)

Правом в об'єктивному розумінні вважають сукупність правових норм, встановлених або санкціонованих державою, забезпечених її примусом і як таких, що мають загальнообов'язковий характер.

Право існує як об'єктивне явище і за своїми якістьми є інструментом безпосередньої дії на поведінку людей, формулюючи в певному напрямі суспільні відносини. Для цивільного права як галузі права важливим є те, що цивільне право за своєю сутністю відображає форму економічних відносин. Ціннісний вимір цивільного права найтісніше пов'язаний з правом власності. «Своє» і

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Ціннісні виміри права як феномен, регулюючого поведінку людини // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри. Вип. 3. 2012. С. 28-30.

«чуже» — це ті поняття, які визначають поведінку людей відносно права власності і, у зв'язку з цим, до таких явищ як «влада», «правопорушення», «відповідальність», «злочин» та ін.

Тому кон'юнктурним і таким, що не впливає з природи права є шлях, який у радянські часи відокремив власника від власності, створивши таке поняття як підприємство і наділивши його правами юридичної особи, а в той же час визначивши власником не його, а державу. Все майно вважається належним лише власнику, а для того, щоб став можливим майновий обіг, застосовуються обмежені речові права на передане державою підприємству майно. Таким чином у цивільному праві і з'явилися цілком штучні категорії «оперативного управління» і «господарського відання», які нічим іншим як виконанням політичного замовлення пояснити не можна.

Це — не ціннісний вимір, який впливає з природи права як регулятора поведінки людей, а юридична конструкція, спрямована на дискредитацію фігури власника заради досягнення політичних цілей.

Подібний підхід до розгляду проблем права є безперспективним і волюнтаристським. Треба сподіватися, що приватне право власності подолає всі перепони, тому що саме воно відповідає співвідношенню «людина» — «власник».

Сучасність вимагає розвитку категорій «права людини» і «законність». Права людини можуть слугувати юридичною основою, по-перше, для визначення юридично значимих рішень для органів правосуддя, але треба відзначити, що саме ця категорія «права людини» не набула поки що достатнього розвитку в законодавстві, в конкретних розробках. Права людини і державно-правове регулювання суспільних відносин далеко не завжди узгоджуються. Наразі назріла потреба в побудові і існуванні розвинутого громадянського суспільства, інакше не буде перспективи і в державно-правовому регулюванні: воно буде або цілком пріоритетним перед правами людини або, навпаки, втратить значення регулюючого фактору.

Потрібно поширити і поглибити дію законодавства в цій сфері. Основоположним принципом права і одночасно його ціннісним виміром є вираження в ньому прав людини. Не потрібно конкретно вказувати щось про порядок володіння, користування і розпорядження честю і гідністю, життям і здоров'ям, особистим життям та іменем, проте лише право здатне юридично визначити приналежність кожній конкретній фізичній особі цих прав. Цивільне право визначає наявність названих прав і визнає свободу особи визначити свою поведінку і свою життєдіяльність на свій кшталт.

І тут постає питання: особа має суб'єктивне право, але може виникнути і зловживання правом. Стаття 13 Цивільного кодексу України в п.п. 2 і 3 прямо вказує, що при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчинюються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в іншій формі.

В сучасній теорії цивільного права погляди прибічників використання категорії «зловживання правом» домінують, хоча їх і не можна назвати загальноновизнаними. Під зловживанням правом пропонується розуміти перевищення так званих меж здійснення права, яке тягне за собою порушення права всупереч його соціальному призначенню.

Ну і як тут бути з модним постулатом і течією в праві і суспільстві, яка визначає існування прав людини? Треба відзначити, що існує принцип справедливості, розумності і добросовісності здійснення прав і обов'язків – це стаття 3 Цивільного кодексу України. Це – загальний принцип, але закон бере під захист права в залежності від того, чи здійснюються вони добросовісно і розумно.

Отже, права людини – не безмежна розтягувана, наче гума, категорія. Вона має цілком визначені межі ціннісного виміру у вигляді принципів справедливості, розумності і добросовісності.

Як висновок – здійснення права, пов'язане із зловживанням права, дозволяє суду відмовити в позові щодо захисту даного права.

І треба зауважити, що в даний час все більшого значення набуває уточнення і вироблення юридичних механізмів: їх відповідність загальним засадам права стає основоположним принципом права загалом, і його ціннісним виміром. Одним з таких механізмів є правовий інститут відповідальності. Юридична відповідальність існує об'єктивно, тобто вона існує незалежно від того, як представляє і уявляє її суб'єкт, який зазнає впливу мір відповідальності і навіть незалежно від того, як оцінюється цей вплив групами осіб (наприклад, мікросередою правопорушника).

Об'єктивне існування норми тим самим зумовлює і об'єктивне існування відповідальності.

Відповідальність як правовий інструмент має певні функції, які прямо (правовідновлювальна функція майнової відповідальності), або ж посередньо (функції виховання, попередження, репресії) пов'язані в багатьох своїх про- явах з охороною власності. Зв'язок охорони права власності з відповідальністю знайшов відображення і в структурі відповідальності: реалізація відповідальності відбувається в рамках правоохоронного правовідношення, спрямованого на непорушність економічних відносин у державі.

Кардинальною особливістю відповідальності як правового інституту, який служить цілям охорони суспільних відносин, є спосіб, завдяки якому здійснюється ця охорона. Сутністю відповідальності є те, що вона служить інструментом, який передає закладений в правовій нормі осуд суспільства і держави особі, яка порушила правову заборону.

Відповідальність, таким чином, пов'язана, з одного боку, із свідомістю і волею особи, яка є суб'єктом відповідальності, а, з іншої сторони – з державною волею, яка виражає осуд поведінки суб'єкта.

Структурні елементи відповідальності включають наступне: суб'єкт від-

повідальності, який відповідає певним закріпленим в праві вимогам, підстава відповідальності – правопорушення і міра відповідальності.

Ціннісний вимір такого правового інструменту як відповідальність визначається тим, що вона доносить осуд права до суспільства і суспільної свідомості.

ПОНЯТТЯ СІМ'Ї ТА СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СІМЕЙНОМУ ТА ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

(упорядники Вікторія Улиганець, Тетяна Абібулаєва)

3.2.1. Основні риси відмежування цивільного та сімейного права¹

Поняття сім'ї та сімейних правовідносин тісно пов'язані з поняттям цивільних правовідносин. Спільним і для сімейного, і для цивільного права є дозвільний характер методу правового регулювання. Майнові засади в сімейному праві мають суттєво інший характер, ніж у цивільному праві, оскільки тут відзначається роль і значення особистих немайнових відносин. Майнові взаємовідносини суб'єктів сімейного права підкоряються правовій регламентації особистих немайнових відносин. Множинність суб'єктності в сімейному праві пов'язана з їх окремою індивідуалізацією, неможливістю передання одних прав і обов'язків іншим, особливим характером суб'єктивного права і суб'єктивного обов'язку при визначенні деяких сімейних правовідносин (зокрема, це стосується права і водночас обов'язку батьків виховувати дітей). Та особливість сімейного права, яка стосується співвідношення імперативних і диспозитивних норм сімейному праві, була зазначена О.С. Йоффе і В.Ф. Яковлевим. Скажімо, В. Ф. Яковлев зазначав: «Диспозитивність як можливість розпорядження суб'єктивними шлюбно-сімейними правами в сімейному праві відсутні, тому що, по-перше, тут немає абсолютних прав; по-друге, сімейні відносини мають у більшості випадків ознакою їх нерозторгнутість; по-третє, права нерозривно пов'язані з обов'язками, не стосується диспозитивності як можливості регулювання відносин по усуненню і погодженню сторін, то вона в сімейному праві скільки-небудь помітного виразу не знаходить». Схожий стан із правовими нормами перш за все становить основу різниці в сімейному і цивільному праві як галузях права, проте неможливо заперечувати їх тісний взаємозв'язок, який насправді є тіснішим, ніж установлений момент різниці. Якщо при визначенні права власності ми шукаємо відповідь на питання – має чи чуже майно, то при визначенні сімейних відносин ми маємо визначити, чи є дана особа членом сім'ї: на цьому будується рівність і взаємність прав сторін, незалежно від еквівалентності їх майнових стосунків. На нашу думку, найкращим у питанні про співвідношення цивільного і сімейного права було

¹ Вперше опубліковано: Шевченко Я.М. Поняття сім'ї та сімейних правовідносин у сімейному та цивільному праві України (С. 443-451). В кн. Правова система України: історія, стан та перспективи у 5 т. Т.3 Цивільно-правові науки. Харків: Право, 2008. 679 с.

Поняття сім'ї та сімейних правовідносин у сімейному та цивільному праві України

б визнання такого становища, коли цивільне право слід вважати самостійною галуззю права, а сімейне право, враховуючи одночасно і спільність рис і різницю – підгалуззю цивільного права.

Суб'єктивні права і обов'язки, які складають зміст цивільних і сімейних правовідносин, мають ряд спільних рис: перш за все в обох галузях права суб'єктами правовідносин є громадяни, хоча в цивільному праві характерними учасниками правовідносин є також юридичні особи, держави, територіальні громади, Автономна Республіка Крим, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

Правовідносини і в сімейному, і в цивільному праві мають характер приватних правовідносин. Цікавою особливістю цих двох видів правовідносин є те, що громадяни можуть бути водночас суб'єктами і сімейного, і цивільного права, але жодного значення для сім'ї як цілого це мати не буде і безпосередньо не спричинить правових наслідків (як, наприклад, заподіяння шкоди одним із членів сім'ї спричинить особисту відповідальність лише цього члена сім'ї, навіть відповідальність батьків – це відповідальність за власну поведінку від сутності виховання і нагляду за неповнолітніми).

3.2.2. Визначення юридичного аспекту поняття «сім'я»

Учасниками сімейних відносин згідно зі ст. 2 СК України є подружжя, батьки і діти, усиновлювачі та усиновлені, мати і батько дитини, які її виховують, утримують і піклуються про її розвиток. Сімейний кодекс України регулює сімейні особисті немайнові та взагалі майнові відносини між цими особами та іншими родичами, зазначеними в кодексі. Отже, учасників сімейних відносин СК України перераховує, проте концептуальної основи такого явища, як сім'я, належним чином не має, хоча і ст. 3 має назву «Сім'я». Сім'я – це складне суспільне явище, тому не дивно, що «суто» правового поняття сім'ї встановити не можна. Сім'я здійснює багатогранні функції – економічну, демографічну, пов'язана з широким спектром інших відносин – трудових, житлових, виховних, організацією дозвілля, з інтимними відносинами та ін. Усі ці відносини у взаємозв'язку і породжують таке суспільне явище, як сім'я.

Юридичний аспект поняття «сім'я» визначається тим, якого роду правовідносини становлять сутність цілісної єдності, що входять до поняття сім'ї в юридичному розумінні. Сімейні правовідносини існують як окремий вид правовідносин (їх зв'язок з цивільними правовідносинами – це окрема тема) і їх зв'язок з сімейними відносинами взагалі визначає, якого характеру набирає сім'я як суспільне явище, яке місце вона посідає в суспільстві, які сімейні відносини потребують правового захисту і які існують перспективи в розвитку такого соціального феномену, як сім'я.

Від того, як визначається поняття сім'ї, залежить структура і зміст прав і обов'язків, що поєднують людину з сім'єю, належить саме існування сім'ї як суспільного явища, визначення кола інтересів людини в сім'ї.

Як кожне суспільне утворення сім'я має свою структуру зв'язків, що її формують. Як вказував І. О. Покровський, в Стародавньому Римі сім'я була побудована на абсолютній владі домовладки, яка об'єднувала сім'ю, надавала їй характер деякої юридичної єдності.

Юридична єдність властива, звичайно, і українській сім'ї, але вже зовсім на протилежних засадах. Як вказує ст. 1 СК України, регулювання сімейних відносин здійснюється на підставі побудови сімейних відносин на паритетних насадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки; утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї. І які ж підстави визначає Кодекс, встановлюючи поняття сім'ї? У статті 3 вказується: «сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки». Вказана дефініція нівелює сім'ю до поняття будь-якого соціального утворення, що пов'язане із спільним проживанням людей, хоча можна спільно жити і це зовсім не означає створення сім'ї. А чого варта вказівка на те, що сім'ю складають особи, які пов'язані спільним побутом, чи є вона такою, що властива лише для сімейних зв'язків або ні? Спільне життя неможливо ототожнювати з спільним проживанням, спільне життя має значно ширшу сферу застосування. Поняття «спільне життя» охоплює такі важливі елементи процесу життя, як взаємне піклування, виникнення спільних інтересів, появу домовленостей, що стосуються самого існування сім'ї, її розвитку, наприклад, народження дитини і т. ін.; поняття «спільний побут» охоплює поведінку осіб, яка пов'язана з організацією домашнього господарства, житла, власне проживання. А чи не можуть будь-які сторонні особи організувати спільне проживання, не будучи сім'єю? Звичайно, можуть, наприклад, у гуртожитку. Організувати спільний побут, наприклад, на комунальній кухні. Все це свідчить про те, що у визначенні поняття сім'ї була зроблена концептуальна помилка. Не спільне проживання, а саме спільне життя є основою для визначення поняття сім'ї.

Частина 2 ст. 3 СК України до ознак сім'ї відносить також наявність у осіб, які складають сім'ю, взаємних прав та обов'язків. Але це зовсім не відмінна ознака сім'ї. Особи, що проживають у комунальній квартирі і навіть сусіди теж мають взаємні права та обов'язки — не завдавати один одному шкоди, дотримуватися правил співжиття і т. ін. Отже, де ж та головна ознака, навколо якої гуртуються інші ознаки, яка дозволяє вказати, що дане соціальне утворення є саме сім'єю і породжує сімейні відносини?

3.2.3. Характеристика сімейних правовідносин

У радянській літературі з питань сімейного права найчастіше сім'ю визначали як союз осіб, заснований на шлюбі, спорідненні (або тільки на спорідненні), прийнятті дітей на виховання, який характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою. Це визначення має соціологічний ухил. Між тим і для сімейного законодавства, і для сімейних правовідносин важ-

Поняття сім'ї та сімейних правовідносин у сімейному та цивільному праві України

ливим є юридично структуроване поняття сім'ї. Тільки ті сімейні відносини, що породжують юридичні наслідки, можуть викликати правовідносини, отже, правовий зв'язок (а це, власне, і становить основу правовідносин) і є оаозою для визначення юридичного поняття сім'ї.

І тут вирішальне значення має встановлення суб'єктного складу головного сімейного правовідношення, яке охоплює поняття сім'ї і на підставі якого виникають інші сімейні правовідносини.

Правовий зв'язок між якими особами становить і становитиме ту цілісну єдність, яка дозволить сказати, що саме таке соціальне утворення є сім'єю і відображає юридичний аспект поняття сім'ї. У цьому плані визначальне значення, по-перше, має ст. 2 СК України, де вказані учасники сімейних відносин, що їх регулює СК України, і завдяки чому визначається те правове поле, в якому виникають і народжуються сімейні правовідносини, оскільки саме правове регулювання сімейних відносин і служить підставою для їх виникнення.

По-друге, потрібно звернути увагу на таку властивість правовідносин, як правової категорії, котра полягає в тому, що воно має двоїсту природу. Права і обов'язки суб'єктів правовідносин складають юридичний зміст відносин і є мірою тих можливостей, які може надати право при їх здійсненні у межах відповідної юридичної конструкції, в той час як поведінка осіб, яка будується відповідно до цієї конструкції, є тільки сукупністю життєвих фактичних обставин. Зрозуміло, що юридичний зміст відносин і становить підвалину юридичного поняття сім'ї, а сім'я в юридичному аспекті – це перш за все те коло осіб, які відповідно до ст. 2 СК України вступають у сімейні правовідносини і мають сімейно-правові права та обов'язки. Відповідно та юридична єдність, яку втілює сім'я, виражає волю рівних між собою суб'єктів сімейних правовідносин, що створюють сім'ю, і є виразом приватного права.

Сімейні правовідносини як ніякі інші пов'язані з особистістю особи, тому цілком закономірно, що сімейно правове регулювання в Сімейному кодексі ґрунтується на тих правових інститутах, які пов'язані з особистістю людини і її поведінкою відповідно до сімейно-правових прав та обов'язків. Слід виокремити три групи сімейних правовідносин, які відповідно охоплюють три великі групи фактичних обставин, котрі обумовлюють життєві сімейні відносини певного виду, так чи інакше пов'язані з суб'єктами сімейних правовідносин. Це відносини, що ґрунтуються на шлюбі як спеціальному юридичному факті, який за змістом означає сімейний союз жінки і чоловіка, зареєстрований у державному органі актів цивільного стану; кровне споріднення осіб; усиновлення. Інші підстави, не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства, про які йдеться у ч. 4 ст. 3 СК України як про підстави створення сім'ї, дуже розпливчасті і не здатні слугувати для юридичного визначення поняття сім'ї.

Отже, шлюб, кровне споріднення, усиновлення визначають те коло сі-

мейних правовідносин, про які можна говорити, що на їх підставі створюється сім'я. Суб'єкти сімейних правовідносин мають свої, властиві їм назви, завдяки яким відразу можна визначити специфічний характер соціального утворення, мету і цілі його функціонування і то ким чином визначити його місце в суспільстві. Суб'єктами сімейних правовідносин є подружжя, дитина, діти як потомство, усиновлені, усиновлювачі. Звідси визначення у Сімейному кодексі правил щодо походження дітей, прим і обов'язків щодо їх виховання і пов'язаних з ними прав на спілкування з дітьми, прав на проживання з дітьми. Цим визначається соціальне обличчя сімейних правовідносин, пов'язаних з такими суб'єктами, якими є батьки і діти.

Соціальне утворення, яке має юридичний аспект цілісного утворення у вигляді сім'ї, пов'язане не лише з такими специфічними суб'єктами правовідносин, як батьки і діти, а й з такими оригінальними суб'єктами, як подружжя. Подружжя виникає в результаті укладення сімейного союзу жінки та чоловіка, зареєстрованого у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя (ч. 2 ст. 21 СК України).

Отже, як бачимо, шлюб є основою сім'ї. Проте до Сімейного кодексу була введена новела, згідно з якою на майно, набуте чоловіком і жінкою, що проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, поширюється режим спільної сумісної власності, тобто режим, який властивий лише для правових відносин подружжя (ст. 74 СК України). Це означає, що частині правовідносин цивільно-правового характеру надається статус сімейно-правових відносин і, отже, юридичне поняття сім'ї безпідставно розширюється, оскільки підставою виникнення сімейного союзу чоловіка і жінки, про який йдеться у ст. 21 СК України, є лише шлюб. І цивільно-правові, і сімейно-правові відносини є відносинами приватного права, тобто дуже близькими, проте вони генетично і за підставами виникнення — різні, це має визначальне значення для правового регулювання і тих, і інших, для системи правовідносин, для визначення статусу сімейних правовідносин і цивільних правовідносин — кожного виду зокрема, і, зрештою до підвалин сукупності життєвих обставин, які визначають поведінку суб'єктів кожного виду правовідносин. За своїм положенням суб'єкти цивільних правовідносин є сторонніми між собою людьми, суб'єкти ж сімейно-правових відносин пов'язані між собою особливим сімейно-правовим зв'язком, котрий як фактичні обставини передбачає спільність життя та інтересів осіб. Тому вираз «проживання однією сім'єю» є неправильним для визначення сімейних правовідносин, їх основою є юридична єдність, яка структурно складається з суб'єктів, визначених у ст. 2 СК України як учасників сімейних відносин, що їх регулює Сімейний кодекс України, а змістом їх відносин є здійснення сімейно-правових прав і обов'язків, що виражають волю рівних між собою суб'єктів саме сімейних правовідносин. Це й становить підставу для визначення юридичного поняття

Поняття сім'ї та сімейних правовідносин у сімейному та цивільному праві України

«сім'я». Щодо моментів передбачених ст. 3 Кодексу, які стосуються спільності проживання, спільності побуту, взаємних прав і обов'язків їм взагалі, то ці моменти характеризують не юридичний статус утворення, а форми його існування як соціальної одиниці в суспільстві.

За своїм характером правовідносини, які виникають між чоловіком та жінкою, що не перебувають у шлюбі, але мають спільне майно, це правовідносини, власне, сторонніх, між собою людей, що характерно для цивільного, а не сімейного права. Суб'єкти ж сімейно-правових відносин пов'язані між собою особливим сімейно-правовим зв'язком, котрий як фактичні обставини передбачає не просто спільне проживання, а спільність життя та інтересів осіб.

Отже, урівнювати так звані фактичні шлюбні відносини з подружніми ніяк не можна, а слід визначитись з майновими правами, що виникають між чоловіком і жінкою суб'єктами цивільних прав і обов'язків при наявності і спільного проживання та набутті майна. Такий стан не залежить від того, чи були між ними інтимні чи інші схожі до подружніх відносини. Тут зовсім інші правові підстави для виникнення спільної сумісної власності, а їх співжиття зовсім не пов'язане з тим поняттям, що визначається ні «фактичні шлюбні відносини».

3.2.4. Сімейне право і норми моралі

Право і мораль принципово різні соціальні явища. Принципи моралі – це принципи вільної саморегуляції особистісного ставлення до себе і світу, визначення міри своєї поведінки. Глибоко помилковою є тенденція розглядати Сімейний кодекс як правовий нормативний акт, моральні уявлення та почуття не підлягають правовому регулюванню, оскільки мають іншу соціальну природу. Специфічним принципом права при відмежуванні його від закону є принцип формальної рівності. Мораль охоплює сферу відносин набагато ширшу ніж сфера відносин, які регулюються правом, і це теж є однією з відмежувальних ознак сімейного права і моралі. Норми моралі фактично не мають меж, копи розглядати особисті права подружжя, вони суттєво впливають на правове регулювання деяких інститутів сімейного права, таких, наприклад, як шлюбний договір, адже зміст шлюбного договору обмежується не лише правовими приписами, а й вимогами моралі.

Моральні вимоги підтримують існування таких сімейно – правових норм, які встановлюють право дітей на спілкування з батьками, родичами, навіть тоді, коли належного контакту між неповнолітніми дітьми і дорослими не існує. Дитина має право на власну честь, гідність, право висловлювати свою думку. Це правові норми, але їх підставами є норми моральні. Отже, у багатьох випадках моральні норми є підґрунтям, на якому виникають сімейно-правові норми.

**СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ
ПРОФЕСОРА ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО¹**

(упорядник Вікторія Улиганець)²

1961

1. Шевченко Я.М. Про майнові правопорушення, що вчиняються неповнолітніми // Вісник Київського університету. Серія: Економіка і право, 1961. № 4, вип. 1. С. 81-87.
2. Шевченко Я.М. Про природу цивільної протиправної дії і співвідношення цивільного і кримінального правопорушень, здійснюваних неповнолітніми // Збірник наукових праць аспірантів кафедр суспільних наук Київського університету, 1961. № 7.

1962

3. Шевченко Я.М. Характеристика особливостей психіки неповнолітніх і їх вина при вчиненні матеріальних правопорушень. Дієздатність і осудність дітей // Вісник Київського університету. Серія: Економіка і право, 1962. № 5, вип. 1. С. 94-98.
4. Шевченко Я.М. Підстави відповідальності батьків за шкоду, заподіяну дітьми, за радянським цивільним правом // Вісник Київського університету. Серія: Економіка і право, 1962. № 5, вип. 2. С. 85-90.
5. Шевченко Я.М. Значення вини неповнолітніх при відшкодуванні збитків // Збірник наукових праць аспірантів кафедр суспільних наук Київського університету, 1962. № 8.
6. Шевченко Я.М. Характеристика особливостей субсидіарної відповідальності батьків за шкоду, заподіяну неповнолітніми дітьми // Збірник наукових праць аспірантів кафедр суспільних наук Київського університету, 1962. № 9. С. 89-97.

1963

7. Шевченко Я.М. Майнова відповідальність шкіл за шкоду, заподіяну дітьми // Радянське право, 1963. № 5. С. 88-91.

1964

8. Шевченко Я.М. Врахування вини потерпілого при заподіянні шкоди дітьми або дітям // Радянське право, 1964. № 3. С. 59-61.
9. Шевченко Я.Н. Имущественная ответственность за вред, причиненный детьми, по советскому гражданскому праву // Киевский университет. Киев, 1964.

¹ При підготовці списку опублікованих праць Ярослави Шевченко, за основу було взято видання: Шевченко Я.М. Вибрані праці (1964-2012 рр.) відпов. ред. Р.О. Стафанчук. – Київ: ВГО «Асоціація цивілістів України»; Одеса: Центр досліджень права ім. Савіні; Кам'янець-Подільський: «Друкарня «Рута», 2012. – 404 с., який суттєво уточнений та доповнений іншими працями.

² Бібліографію упорядковувала аспірант відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України Вікторія Улиганець.

1965

10. Шевченко Я.М. Межі майнової відповідальності батьків за збитки, заподіяні дітьми // Проблеми правознавства, 1965. Вип. 2. С. 92-97.

1966

11. Шевченко Я.М. Роль сім'ї і школи в попередженні правопорушень неповнолітніх / Методичний матеріал на допомогу лектору. Київ: Товариство «Знання УРСР», 1966. 41 с.
12. Шевченко Я.М. Радянське законодавство про охорону прав дітей // Тези доповідей і наукових повідомлень республіканської наукової конференції «Основні етапи розвитку української держави і права за 50 років». Київ: Наукова думка, 1966. С. 145-146.

1967

13. Шевченко Я.Н. Охрана интересов детей при рассмотрении справ о детях // Правовые вопросы семьи, воспитания и бытового обслуживания. Научная конференция Института государства и права АН СССР (30-31 января 1967 г., Москва.), 1967. С. 10-13.
14. Шевченко Я.М. Розв'язання справ про відібрання дітей // Радянське право, 1967. № 3. С. 42-44.
15. Матеріали конкретно-соціологічних досліджень злочинності неповнолітніх у містах Чернівцях і Донецьку / Відп. ред. І.П. Лановенко та ін. Київ, 1967. 52 с.
16. Шевченко Я.М. Деякі спірні питання відповідальності за шкоду, заподіяну неповнолітніми // Радянське право, 1968. № 5. С. 36-39.

1968

17. Шевченко Я.М. Недоліки виховання в сім'ї і школі і виникнення правопорушень неповнолітніх. В кн.: Попередження правопорушень неповнолітніх / Відп. ред. І.П. Лановенко, М.М. Михеєнко. Київ: Наукова думка, 1968. 108 с.
18. Кузнецова Л.Г., Шевченко Я.М. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. Москва: Юридическая литература, 1968. 136 с.
19. Шевченко Я.М. Деякі спірні питання відповідальності за шкоду, заподіяну неповнолітніми // Радянське право, 1968. № 5. С. 36-39.
20. Шевченко Я.Н. Некоторые вопросы кодификации семейного законодательства // Тезисы доклада на междуузловской научной конференции «Проблемы социалистической законности на современном этапе развития советского государства», 1968. С. 121.
21. Правовые вопросы семьи и воспитания детей // Отв. ред. В.С. Тадевосян. Москва: Юридическая литература, 1968. 184 с.
22. Шевченко Я., Петракова К. Окремі проблеми нового сімейного законодавства // Радянське право, 1968. № 12. С. 55-57.
23. Шевченко Я.М. Охрана интересов детей при рассмотрении споров о детях // Правовые вопросы семьи и воспитание детей. Москва: Юридическая литература, 1968. С. 62-68.

1969

24. Шевченко Я.Н. Основания ответственности за вред, причиненный детьми. В кн.: Гражданская ответственность за причинение вреда, (яз. польский). Варшава, 1969.
25. Шевченко Я.М. Про підстави відповідальності за шкоду, заподіяну дітьми // Вісник Київського університету. Серія: Право. Спецвипуск, Київ, 1969. С. 83-101.
26. Szeuczenko Y. M. Podstawy odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez nieletnich. // Odpowiedzialność cywilna za wyrządzenie szkody. Warszawa, 1969. P. 61-91.
27. Шевченко Я.М. Ч.2, розділ 1: § 3. Сім'я та правопорушення неповнолітніх (С. 72-85); § 4. Конкретно-соціальні дослідження правопорушень та злочинності серед неповнолітніх, Конкретно-соціальне дослідження злочинності неповнолітніх в м. Чернівцях (у співавторстві, С. 85-98). В кн.: Боротьба з правопорушеннями і злочинністю / Відп. ред. І.П. Лановенко. Київ: Наукова думка, 1969. 200 с.

1970

28. Шевченко Я.М. Причини виникнення правопорушень неповнолітніх, пов'язані з недоліками виховання в сім'ї і школі // Науково-практична конференція «Деякі питання комуністичного виховання молоді на сучасному етапі розвитку радянського суспільства» (22-23 травня 1970 р.). Львів, 1970. С. 84-85.
29. Шевченко Я.М. Роль школи у запобіганні правопорушенням неповнолітніх // Радянське право, 1970. № 7. С. 80-82.

1971

30. Шевченко Я.Н. Осуществление ленинских принципов защиты прав детей на современном этапе развития Советского государства // Тезы доклада и научных сообщений республиканской научной конференции «Торжество ленинского учения о государстве и праве». Львов, 1971. С. 168-169.
31. Шевченко Я.М. Міць радянської сім'ї // Київська правда, 1971. С. 168-169.
32. Шевченко Я.М. Юридические гарантии соблюдения прав несовершеннолетних при рассмотрении судебных дел // Тезисы докладов и сообщений республиканской научной конференции «Юридические гарантии применения советских правовых норм и укрепление социалистической законности» (5-7 октября 1971 г.). Москва, 1971. С. 102-103.

1972

33. Шевченко Я.М. Формування і становлення особистості неповнолітнього в сім'ї // Проблеми правознавства, 1972. Вип. 21. С. 66-72.
34. Шевченко Я.М. Молодь і радянський закон. Київ: Молодь, 1972. С. 55-74.
35. Шевченко Я.М., Барило Т.С. Радянський закон про відповідальність неповнолітніх. Київ: Наукова думка, 1972. 103 с.

1973

36. Шевченко Я.М. Заходи впливу комісій у справах неповнолітніх, застосовуванні до підлітків, що вчинили правопорушення // Радянське право, 1973. № 1. С. 64-67.

Список опублікованих праць професора Ярославни Шевченко

37. Шевченко Я.М., Маляревський А. Правові питання охорони інтересів дітей при здійсненні опіки і піклування // Радянське право, 1973. № 4. С. 43-46.

1974

38. Шевченко Я.Н. Специфика гражданской ответственности несовершеннолетних // Советское государство и право, 1974. № 5. С. 127-130.
39. Юридичний словник / Під ред. Б.М. Бабія, В.М. Корецького, В.В. Цветкова. Київ: Гол. ред. УРЕ АН УРСР, 1974. 847 с.

1976

40. Шевченко Я.М. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних. Киев: Наукова думка, 1976. 190 с.
41. Шевченко Я.М. Якщо діти – неповнолітні // Радянська Україна, 18.05.1976.

1977

42. Шевченко Я.Н. Семья – ячейка советского общества. В кн.: Образ жизни, рожденный Октябрем: сборник очерков / сост. В. Ф. Возианов. Киев: Политиздат Украины, 1977. 235 с.
43. Шевченко Я.Н. Средства защиты в гражданском праве // Советское государство и право, 1977. № 7. С. 55-62.
44. Шевченко Я.Н., Бабий Б.М. Ячейка советского общества // Правда Украины, 09.04.1977.
45. Шевченко Я.Н. Недостатки воспитания в семье и школе как обстоятельства, способствующие формированию противоправного поведения несовершеннолетних. В кн.: Теоретические проблемы предупреждения правонарушений несовершеннолетних / Т. С. Барило, Э. Н. Дранишева, И. П. Лановенко и др.; отв. ред. Ф. А. Лопушанский. Киев: Наукова думка, 1977. 328 с.
46. Шевченко Я.М. Обговорення проблем Зводу законів радянської держави // Радянське право, 1977. № 7. С. 100-101.

1978

47. Шевченко Я.М. Деякі питання відповідальності неповнолітніх за злочини // Радянське право, 1978. № 6. С. 89-92.
48. Шевченко Я.М. Нова Конституція жінкам країни Рад // Радянське право, 1978. № 3. С. 3-12.
49. Шевченко Я.Н. Тенденции совершенствования советского законодательства и Свод законов Советского государства // Тезисы докладов и научных сообщений на заседании Совета по координации ВНИИСЗ СССР по теме «Подготовка Свода законов СССР и задачи юридической науки». Москва, 1978
50. Шевченко Я.М. Реферат монографии «Проблемы кодификации законодательства Союза СССР и союзных республик о труде» Е.А. Монастырский, З.К. Симорот // РЖ Общественные науки в СССР, сер. 4. Государство и право, 1978. С. 122-126.
51. Шевченко Я.Н. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних в период развитого социализма // Тезисы доклада республиканской научно-практической конференции «Актуальные задачи советского права по укреплению семьи и предупреждению правонарушений несовершеннолетних в советских республиках Прибалтики». 1978.

1979

52. Шевченко Я.М. Значення Зводу законів у вдосконаленні системи радянського права і системи законодавства // Радянське право, 1979. № 6. С. 53-57.
53. Шевченко Я.М. Проблеми удосконалення республіканського законодавства і підготовки зводів законів союзних республік. Всесоюзна науково-координаційна нарада в Києві // Вісник Академії наук УРСР, 1979. № 12. С. 82-83.

1980

54. Советский закон и гражданин: Юридический справочник. В 2-х ч. / Под ред. Б.М. Бабия. Т. 1. Киев: Наукова думка, 1980. 352 с.
55. Советский закон и гражданин: Юридический справочник. В 2-х ч. / Под ред. Б.М. Бабия. Т. 2. Киев: Наукова думка, 1980. 832 с.
56. Шевченко Я.Н. Правовое регулирование охраны семи по советскому семейному законодательству // Материалы Всесоюзной научно-практической конференции «Проблемы советского семейного права» (19-21 января 1979 г.). Москва, 1980.

1981

57. Шевченко Я.Н. О некоторых проблемах развития законодательства о семье // Проблемы социалистической законности. Харьков: Вища школа, 1981. Вып. 8. С. 75-83.

1982

58. Шевченко Я.Н. Значение Свода законов Советского государства в развитии правового регулирования общественных отношений. В кн.: Совершенствование советского законодательства на основе Конституции СССР и конституций союзных республик / Редкол.: В.Г. Макашвили (гл. ред.) и др. Тбилиси: Мецниереба, 1982. 225 с.
59. Шевченко Я.Н. Теоретические проблемы правового регулирования гражданской ответственности несовершеннолетних за правонарушения. Харьков, 1982. Автореферат докторской диссертации.
60. Шевченко Я.М. Позбавлення батьківських прав // Українська радянська енциклопедія. Том 8. 2-е вид. Київ, 1982. С. 455.
61. Шевченко Я.Н. Гл. III. Теоретические вопросы Свода законов союзной республики как составной части Свода законов Советского государства (С.86-127); гл. VIII. Проблемы развития законодательства, регулирующего уголовную ответственность несовершеннолетних (С. 268-300). В кн.: Совершенствование советского законодательства на основе Конституции СССР. Киев: Наукова думка, 1982. 303 с.
62. Шевченко Я.Н. Гл. II. Обстоятельства, способствующие образованию преступных групп среди несовершеннолетних (С. 46-79). В кн.: Борьба с групповыми правонарушениями несовершеннолетних / Отв. ред. И.П. Лановенко. Киев: Наукова думка, 1982. 201 с.
63. Совершенствование советского законодательства на основе Конституции СССР / Отв. ред. Б. М. Бабий. Киев: Наукова думка, 1982. 303 с.

64. Шевченко Я.Н. Основы семейного законодательства. Киев: Вища школа, 1982. 89 с.

1983

65. Шевченко Я.Н. Система советского права и перспективы ее развития // «Круглый стол» журнала «Советское государство и право». Киев, Наукова думка, 1983.
66. Шевченко Я.Н. Передмова. В кн.: Профилактика правонарушений среди учащихся. Киев: Наукова думка, 1983. 100 с.
67. Shevchenko Y.M. Status of women in socialist countries: socio-political and legal analysis of the problem based on experience of the Ukrainian SSR // Журнал ЮНЕСКО, 1983.

1984

68. Шевченко Я.Н. Раздел VI: § 3. Права и обязанности супругов (С. 659-661); § 4. Личные права и обязанности родителей и детей (С. 662-666); § 5. Имущественные права и обязанности родителей и детей (С. 666-674); § 6. Усыновление (удочерение) (С. 674-677); § 7. Опекa и попечительство (С. 678-680). В сб.: Советский закон и гражданин: Юридический справочник / Под общ. ред. Б.М. Бабия; 2-е изд. перераб. и доп. Киев: Наукова думка, 1984. 800 с.

1985

69. Шевченко Я.М. Сім'я: права і обов'язки // Молодь України, 03.02.1985.
70. Шевченко Я.М. Дідусь, бабуся і онуки // Молодь України 01.06.1985.
71. Шевченко Я.Н., Нечаева О.Н. Встреча юристов Японии и СССР // Советское государство и право, 1985. № 7. С 135.
72. Шевченко Я.М. Держава захищає материнство // Молодь України, 1985.

1986

73. Шевченко Я.М. Право дітей на утримання // Молодь України, 04.04.1986.
74. Шевченко Я.Н. Совершенствование законодательства о семье (Теоретические проблемы соотношения гражданского и семейного законодательства) / Отв. ред. З.К. Симорот. Киев: Наукова думка, 1986. 167 с.
75. Шевченко Я.М. Якщо сім'я багатодітна // Молодь України, 1986.
76. Шевченко Я.М. Конституційні принципи рівності чоловіків і жінок і нині діючі категорії законів. Система їх розвитку // Матеріали 3-го японо-радянського юридичного симпозиуму «Сім'я і закон в радянському суспільстві» (на японській мові). Токіо, 1986.
77. Шевченко Я.М. Спадкування за радянським цивільним правом // Молодь України, 1986.

1987

78. Шевченко Я.Н. Перестройка в правовой системе, юридической науке, практике // Материалы Всесоюзной научной конференции в Звенигороде (18-20 мая 1987 г.). Советское государство и право, 1987. № 10. С 55-56.
79. Shevchenko J. On certain problems in the development of legislation on the family // Soviet Statutes & Decisions, Spring 1987. P. 5-16.

ВИБРАНІ ПРАЦІ ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

80. Шевченко Я.Н. Законодательство о браке и семье. В кн.: Советский закон и гражданин. Киев: Наукова думка, 1987.
81. Shevchenko Y. M. Some problems in the development of family law. In book: Soviet Family Law / M.E. Sharpe, 1987. New-York.
82. Шевченко Я.М. Залежить від ситуації. Рецензія // Друг читача, 1987.
83. Шевченко Я.Н. Эффективность правовой системы. Перспективы в юридической науке // Материалы Всесоюзной научной конференции в Звенигороде 18-20 мая 1987 г. Советское государство и право, 1987. № 10. С. 55-56.

1988

84. Шевченко Я.М. Взаємодія цивільно-правових і сімейно-правових норм // Радянське право, 1988. № 4. С. 46-49.
85. Шевченко Я.Н., Собчак А.А., Луць В.В. Понятие и механизм гражданско-правовой ответственности. В кн.: Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / Отв. ред. Я.Н. Шевченко, А.А. Собчак. Киев: Наукова думка, 1988. 261 с.
86. Шевченко Я.Н. Брак, материнство, отцовство, семья, супруги // УРЕ.
87. Шевченко Я.Н. Проблемы повышения роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций // Тезисы докладов научно-практической конференции «Актуальные проблемы гражданского и международного частного права (вопросы ответственности)» (20-21 сентября 1988 г.). Київ: Вища школа, 1988.

1989

88. Справочник научного работника / Отв. ред. З.К. Симорот. Киев: Наукова думка, 1989. 328 с.
89. Шевченко Я.Н. 2-3 гл. VI. Право на открытие, право на изображение и рационализаторское предложение. В кн.: Справочник научного работника. Київ: Наукова думка, 1989.
90. Шевченко Я.Н. Проблемы правового регулирования гражданско-правовой ответственности в условиях социалистических товарно-денежных отношений // Ученые записки Тартуского государственного университета, 1989. Тарту. Вып. 852.
91. Шевченко Я.Н. Некоторые проблемы повышения гражданско-правовой охраны прав граждан на жилище // Тезисы республиканской научно-практической конференции «Развитие национальной государственности союзной республики на современном этапе», 1989. Тарту.

1990

92. Шевченко Я.М. Цивільно-правові проблеми розвитку інституту вини в період перебудови (С. 25-28). В зб.: Сучасні проблеми держави та права / Упоряд.: В.Г. Гончаренко, Л.К. Воронова, Я.І. Безугла. Київ: Либідь, 1990. 204 с.
93. Шевченко Я.Н. Кто хозяин? // Правда Украины, 1990.
94. Шевченко Я.М. Нові відносини власності: розвиток і формування цивільного законодавства // Радянське право, 1990. № 9. С. 19.
95. Шевченко Я.Н. Правове регулювання відносин собствених в умовах переходу к рыночной экономике // Материалы научной конференции

Список опубликованных работ профессора Ярославни Шевченко

«Правовые проблемы экономической реформы в СССР» (29-31 мая 1990 г. Киев). Москва, 1990.

96. Шевченко Я.Н. Некоторые проблемы состояния и перспектив развития гражданского права // Тезисы республиканской научно-практической конференции «Развитие национальной государственности союзной республики на современном этапе», 1990. Киев. С. 152-154.
97. Шевченко Я.Н. Перспективы развития семейно-правовых форм охраны интересов личности в советском правовом государстве // Тезисы доклада и научных сообщений республиканской научной конференции «Актуальные проблемы формирования правового государства» (24-26 октября 1990 г. Харьков). Харьков: Юридический институт. 1990.
98. Шевченко Я.М. Суверенітет України – шляхи здійснення. Засідання Круглого столу // Радянська Україна, 1990.

1992

99. Шевченко Я.Н. Брак, здоровье матери и ребенка; материнство; отцовство; семья; супруги. В сб.: Здоровье матери и ребенка. Киев: УРЕ, 1992.
100. Шевченко Я.М. Загальні принципи і структура Цивільного кодексу України // Матеріали Республіканської науково-практичної конференції «Концептуальні питання створення нового Цивільного кодексу України» (14-15 квітня 1992 р. Київ), 1992.
101. Шевченко Я.М. Не забуваймо про права людей. На шляху до ринку // Хрещатик, 14.02.1992.
102. Шевченко Я.Н. Предисловие (С. 3-4); гл. 2. Семейно-правовые формы охраны интересов личности в семье (С. 47-144). В кн.: Охрана прав и интересов личности: гражданско-правовой аспект / Отв. ред. Я.Н. Шевченко. Киев, Наукова думка, 1992. 199 с.
103. Шевченко Я.Н. Гражданско-правовые сделки в сфере предпринимательства. В кн.: Юридический справочник предпринимателя. Киев: Перлин продакшн, 1992.
104. Шевченко Я.Н. Гражданско-правовая ответственность. В кн.: Юридический справочник предпринимателя. Киев: Перлин продакшн, 1992.

1993

105. Шевченко Я.М. Проблеми розвитку в Україні прав власності / Матеріали науково-практичного семінара «Проблеми розвитку гражданского законодательства и методологии преподавания гражданского-правовых дисциплин» (29-30 января 1993 г. Харьков), 1993.
106. Шевченко Я.М. Право власності в системі товарно-грошових відносин // Правова держава, 1993. Вип.4. С. 3-9.
107. Шевченко Я.М., Єрьоменко Г.В. Шлюбний контракт // Жінка, 1993. № 7.
108. Шевченко Я.М. Загальні принципи і структура Цивільного кодексу України // Тези республіканської наукової конференції «Концептуальні питання створення нового Цивільного кодексу України» (21-22 травня 1993 р. Київ), 1993.

109. Шевченко Я.М. Реформи і законодавча база // Політика і час, 1993. № 12. С. 36-45.
110. Шевченко Я.Н. Законодательное регулирование отношений собственности. В кн.: Реферативный обзор действующего законодательства Украины и практика его применения (сфера экономики). Киев, 1993.
111. Шевченко Я.М. Актуальні проблеми підготовки нового Цивільного кодексу України // Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практичної конференції «Проблеми підготовки нового Цивільного кодексу України». Київ. 20-21 травня 1993. С. 8-13.

1994

112. Шевченко Я.М. Перспективи розвитку цивільного законодавства в період переходу до ринкової економіки // Правова держава, 1994. Вип.5. С. 131-137.
113. Власник і право власності / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Київ: Наукова думка, 1994. 164 с.
114. Шевченко Я.М. Концепція власності в сучасному українському суспільстві. В кн.: Власник і право власності / Під ред. Я.М. Шевченко. Київ: Наукова думка, 1994. 164 с.

1995

115. Шевченко Я.М. Право власності в майбутньому Цивільному кодексі // УНІАН – Право. Київ: видання Спілки юристів України та інформаційного агентства УНІАН, 1995. № 2.
116. Шевченко Я.М. Принципові засади права власності в майбутньому Цивільному кодексі // Закон і бізнес, 29 березня 1995.
117. Шевченко Я.М. Ефективність законодавства в сфері цивільно-правових відносин (С. 106-122). В зб.: Законодавство: проблеми ефективності / Під ред. В. Б. Авер'янова. Київ: Наукова думка, 1995. 232 с.
118. Шевченко Я.М. Проблеми підвищення ефективності дії цивільного законодавства в серії відносин власності // Тези доповідей та наукових повідомлень республіканській науково-практичній конференції: «Правова держава Україна: проблеми, перспективи, розвиток», 1995. Харків.
119. Шевченко Я.М. Текст виступу на засіданні круглого столу «Становлення громадянського суспільства і проблеми кодифікації цивільного права» // Деловая Украина, 24.05.1995.
120. Шевченко Я.М. Свобода економічного розвитку і державного регулювання стихії ринку. Пошук балансу / Матеріали заочного «круглого столу» // Віче, 1995. № 9. С. 3-15.
121. Шевченко Я.М. Текст виступу на засіданні круглого столу, присвяченого проблемі колективної власності // Право України, 1995. № 2
122. Шевченко Я.М. Цивільний кодекс України – основа нових відносин власності // Тези доповідей 3-ї Всеукраїнської конференції х питань кодифікації українського законодавства «Стан кодифікаційного процесу в Україні: системність, пріоритет, уніфікація». Львів, 1995.
123. Шевченко Я.М. Принципові засади регулювання права власності в майбутньому Цивільному кодексі // Закон і бізнес, 1995. № 13.

1996

124. Шевченко Я.М. Проект нового Цивільного кодексу України // Правова держава, 1996. Вип. 7. С. 153-157.
125. Шевченко Я.М. Колізії у правовому регулюванні ринкових відносин // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (23-24 жовтня 1995 р. Київ), Київ: Генеза, 1996. С. 25-26.
126. Шевченко Я.М. Проблеми підвищення ефективності цивільного законодавства у сфері цивільно-правових відносин // Матеріали науково-практичної конференції «Концепція розвитку законодавства України» (травень 1996 р. Київ) / За ред. В. Ф. Опришко та ін. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. С. 35-42.
127. Шевченко Я.М. Цивільне право в системі права України // Матеріали міжнародної науково-теоретичної конференції «проблеми методології сучасного правознавства» (9-10 жовтня 1996 р. Київ).
128. Шевченко Я.Н. Правоотношения собственности в украинском законодательстве. В кн.: Право собственности в Украине / Под ред. Я.Н. Шевченко. Киев: Блиц-Информ, 1996. 320 с.
129. Шевченко Я.М. Методологічні проблеми цивільного права як приватного права. В кн.: Методологічні проблеми приватного права. Київ: Манускрипт, 1996.
130. Шевченко Я.М. Правовідносини власності – їх розвиток і відтворення в українському законодавстві // Право власності в Україні. Київ: Блиц-інформ, 1996. С. 32.

1997

131. Шевченко Я.М. Новий Цивільний кодекс – основа ринкових відносин в Україні // Українське право, 1997. № 1.
132. Шевченко Я.М. Нове Цивільне законодавство в українському суспільстві, що трансформується. В зб.: Економіко-правові проблеми трансформації відносин власності в Україні. Київ: Манускрипт, 1997.
133. Шевченко Я.М. Системність – основний принцип кодифікації цивільного права // Тези доповідей VI Всеукраїнській науково-правовій конференції з питань кодифікації законодавства «Новий цивільний кодекс України та його вплив на загальний хід і зміст кодифікаційного процесу в Україні», 1997.
134. Шевченко Я.М. Ще не останній двобій. В зб.: Основні напрямки реформи цивільного права в Україні. Київ, 1997.
135. Шевченко Я.М. Власник і власність у системі ринкових відносин в Україні / Трансформування відносин власності – основа розвитку підприємництва в Україні // Право України, 1997. № 2. С. 8-10.
136. Шевченко Я.М. Полеміка навколо кодексів // Урядовий кур'єр, 22 травня 1997. № 88-89. С. 12.
137. Шевченко Я.Н. Проект нового громадянського кодексу України // Юридическая практика, октябрь, 1997.
138. Шевченко Я.М. Проблеми визначення пріоритети у процесі державно-

правової реформи // Матеріали науково-практичної конференції: «Держано-правова реформа в Україні» (листопад, 1997 р. Київ), 1997. С. 126-127.

139. Шевченко Я.Н. Раздел 8. Имущественные права членов семьи (С. 148-160); раздел 16. Гражданско-правовая защита частной собственности (С. 270-275). В кн.: Собственность граждан: Юридический справочник. Киев: Генеза, 1997. 553 с.
140. Шевченко Я.Н., Севрюкова И.Ф. Как формируется новый Гражданский кодекс Украины // Журнал российского права, 1997. № 8.

1998

141. Шевченко Я.М. Питання права власності (Коментар до Конституції України) // Збірник наукових праць «Підприємництво і право». Київ: Інституту приватного права і підприємництва, 1998.
142. Шевченко Я.М. Проблеми гармонізації цивільного законодавства України з правом західноєвропейських держав і США // Матеріали науково-практичної конференції: «Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом». Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1998.
143. Шевченко Я.М. Проблеми вдосконалення цивільного законодавства // Матеріали конференції «Актуальні питання втілення в життя положень Конституції України». Київ: Українська Академія державного управління при Президенті України, 1998.
144. Закон і підприємець (проблеми систематизації законодавства України про підприємництво). Київ: Ін-т приватного права і підприємництва АПрН України, 1998. 88 с.
145. Шевченко Я.М. Проблеми регулювання сімейних відносин // Українське право, № 1, 1998.
146. Шевченко Я.М. Вина у цивільному праві (С. 395); Відповідальність цивільна (С. 436-437) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.1: А-Г. 672 с.
147. Шевченко Я.М., Сибільов М.М. Вільнянський (С. 476) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.1: А-Г. 672 с.
148. Шевченко Я.М. Фактори і шляхи розвитку системи законодавства в Україні // Закон і підприємець. Київ, 1998. С. 32-36.

1999

149. Шевченко Я.М. Вступ (С. 5-7); гл. 1 розділ 1. Теоретичні засади нового цивільного законодавства України (С. 7-23); Висновки (С. 268-271). В кн.: Розвиток цивільного і трудового законодавства в Україні / Я.М. Шевченко, О.М. Молявко, А.Л. Салатко та ін. Харків: Консум, 1999. 272 с.
150. Шевченко Я.М., М.В. Венецька, І.М. Кучеренко. Розділ II, § 4. Цивільне право (С. 64-77). В кн.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Наукові досягнення за 50 років. 1949-1999. Київ: Ін Юре, 1999. 348 с.
151. Шевченко Я.М. Основні проблеми розвитку цивільного законодавства. В кн.: Розвиток цивільного і трудового законодавства в Україні / Я. М. Шевченко, Н.М. Хуторян, А.Ю. Бабаскін та ін. Харків: Консум, 1999. 272 с.

152. Шевченко Я.М. Проблеми права власності і власників // Правова держава, 1999. Вип. 10. С. 254-261.
153. Шевченко Я.М. Розвиток і перспективи цивільного законодавства в Україні // Міжнародна науково-практична конференція «Систематизація законодавства в Україні. Проблеми теорії і практики». Київ: Інститут Законодавства Верховної Ради України, 1999. С. 239-242.
154. Довгерт А., Пушкін О., Шевченко Я. та ін. Передмова до проекту Цивільного Кодексу України // Українське право, 1999. №1. С. 8-28.
155. Право собственности в Украине / Шевченко Я.Н., Венецкий М.В., Кучеренко И.Н. и др. Київ: Атіка, 1999. 173 с.
156. Шевченко Я.М. Проблеми правового регулювання цивільного права як приватного права // Вісник Університету внутрішніх справ України, 1999. № 6. С. 9-12.
157. Шевченко Я.М. Найважливіше речове право в проекті Цивільного кодексу // Закон і бізнес, 13 листопада 1999.
158. Шевченко Я.М. Виступ на засіданні робочої групи по підготовці проекту Цивільного кодексу // Юридичний вісник України, 7-13 жовтня 1999.
159. Шевченко Я.М. Нові засади правового регулювання сімейних відносин // Закон і бізнес, 25 грудня 1999.
160. Шевченко Я.М. Давність (С. 6); Договір консенсуальний (С. 234); Закон місцезнаходження речі (С. 478); Закон місця виконання договору (С. 478); Закон місця укладення договору (С. 479); Заповідальний закон (С. 514); Заповіт (С. 516-517); Захист прав власника (С. 539); Захист цивільних прав (С. 540-541) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.2: Д-Й. 774 с.
161. Липницький Д.Х., Шевченко Я.М. Збитки (С. 549-550) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.2: Д-Й. 774 с.
162. Кіргож Т.П., Шевченко Я.М. Іпотека (С. 719-720) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.2: Д-Й. 774 с.

2000

163. Шевченко Я.Н. Кто виноват, что в товарищах согласия нет? / Юридическая практика, 30 марта 2000.
164. Шевченко Я.М. Вступ (С.7-8); розділ 1. Поняття договору, основні засади укладення і здійснення договорів (С. 9-25). В кн.: Договір у цивільному і трудовому праві: Довідник. У 2-х ч. / За заг. ред. Ю.С. Шемшученко, Я.М. Шевченко. Київ: Видавничий дім «Юридична книга», 2000. Ч. 1. 280 с.
165. Договір у цивільному і трудовому праві: Зразки документів. У 2-х ч. / За заг. ред. Ю.С. Шемшученко, Я.М. Шевченко. Київ: Видавничий дім «Юридична книга», 2000. Ч. 2. 96 с.
166. Перспективи розвитку громадянського права України // Юридическая практика, 13 апреля 2000.

167. Шевченко Я.М. Розвиток і перспективи кодифікації цивільного законодавства України // Право України, 2000. № 2. С. 66-69.
168. Шевченко Я.Н. «Страсти» вокруг кодификации семейного права // Юридическая практика, 5 мая 2000.
169. Шевченко Я.М. Україна без нового Цивільного кодексу наче Верховна Рада без депутатів // Україна молода, 27 червня 2000.
170. Шевченко Я.М. Розвиток цивільного права на сучасному етапі // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Конституційне будівництво в Україні: теорія і практики» (1-3 червня 2000 р. Ужгород). Ужгород: «Закарпаття», 2000.
171. Шевченко Я. М. Особливості формування цивільних правовідносин у період ринкових реформ та перспективи розвитку нового цивільного законодавства // Правова держава, 2000. Вип. 11. С. 239-251.
172. Шевченко Я.М. § 3 гл. 2. Методологічні проблеми цивільного права як приватного права (С. 26-28); § 1 гл. 5. Новий Цивільний кодекс – основа ринкових відносин в Україні – С. 44-53; § 2 гл. 7. Проблеми гармонізації цивільного законодавства України з правом західноєвропейських держав і США (С. 67-68); § 4 гл. 12. Щодо полеміки навколо кодексів (С. 102-105); гл. 24. Питання права власності (коментар до Конституції України) (С. 170-174); гл. 38. Проблеми правового регулювання сімейних відносин (С. 270-279). В кн.: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерт. Київ: Український центр правничих студій, 2000. 336 с.
173. Шевченко Я.М. Стан і перспективи розвитку нового цивільного законодавства // Матеріалів міжвузівської наукової конференції «Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку», 2000. Вип. 1. С. 47-49.

2001

174. Шевченко Я.М Вступ (С. 3-4); гл. 1. Перспективи розвитку нового цивільного законодавства в сфері здійснення в Україні ринкових реформ (С. 5-20). В кн.: Становлення та розвиток цивільних і трудових правовідносин у сучасній Україні / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Київ: ІДП НАНУ, 2001. 248 с.
175. Шевченко Я.М. Правове становище підприємств, їх заснування, реорганізація та ліквідування (С. 4-30). В довіднику: Керівникові підприємства про право (довідник) / Шевченко Я.М. та ін. Харків: Ксилон, 2001. 248 с.
176. Шевченко Я.М. Проблеми сучасного цивільного і підприємницького права (С. 429-467). В зб.: Державотворення і право творення в Україні: досвід, проблеми, перспективи / За ред. Ю.С. Шемшученко. Київ: Інститут держави і права НАН України, 2001. 656 с.
177. Шевченко Я.М. Перспективи розвитку цивільного права // Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практичної конференції: «Проблеми і перспективи розвитку та реалізації законодавства України» (19 квітня 2001 р. Київ). Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. С. 6-8.
178. Шевченко Я. М. Права людини в цивільному праві // Правова держава, 2001. Вип. 12. С. 372-379.

179. Шевченко Я.М. Принципові засади розвитку цивільних правовідносин у сучасній Україні та проект нового Цивільного кодексу // Часопис Київського університету права, 2001. № 1. С. 58-60.
180. Шевченко Я.М. Квартира (С. 74); Кодекс про шлюб та сім'ю України (С. 134); Кондикційні зобов'язання (С. 258) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2001. Т.3: К-М. 792 с.

2002

181. Шевченко Я.М. Проблеми розвитку цивільних правовідносин (у суспільстві пост-модерн) // Республіканський міжвідомча науковий збірник: «Проблеми законності» / Відп. ред. В.Я. Тацій. Харків: Національна юридична академія України, 2002. № 53. С. 156-160.
182. Шевченко Я.М. Венецька М.В. Розділ 1. Загальні засади забезпечення права власності в Конституції і законодавстві України (С. 9-58). В кн.: Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корещького, 2002. 104 с.
183. Шевченко Я. М., Шевченко О. А. Проблеми нового Сімейного кодексу України // Правова держава, 2002. № 13. С. 147-153.
184. Шевченко Я.М. Актуальні проблеми застосування цивільного права в умовах сучасних суспільних відносин // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права, 2002. № 2. С. 14-16.
185. Шевченко Я.Н., Зайчук О.В. Новый гражданский кодекс Украины: проблемы кодификации // Юридическая практика, 2002. № 35. С. 4.
186. Шевченко Я.М. Необережність (С. 137-138); Неустойка (С. 157); Обман у цивільному праві (С. 220); Обов'язкова частка в спадщині (С. 222); Особа фізична (С. 352); Особисті майнові права (С. 359-360); Особисті немайнові права та обов'язки батьків і дітей (С. 360); Подружжя (С. 610); Пожертва (С. 611); Позадовісні зобов'язання (С. 612) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2002. Т.4: Н-П. 720 с.
187. Шевченко Я.М., Александров Ю.В. Неповнолітні (С. 144-145) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2002. Т.4: Н-П. 720 с.
188. Шевченко Я.М., Стефанчук Р.О. Новація (С. 174) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2002. Т.4: Н-П. 720 с.
189. Шевченко Я.М., Чеберяк П.А. Позбавлення батьківських прав (С. 613); Походження дитини (С. 701-702) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2002. Т.4: Н-П. 720 с.

2003

190. Антологія української юридичної думки. Т. 6: Цивільне право / упоряд. Я. М. Шевченко та ін.; відп. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. 583 с.

ВИБРАНІ ПРАЦІ ЯРОСЛАВНИ ШЕВЧЕНКО

191. Шевченко Я.М., Труба В.І. Передмова гл. 1, 7, 21. В підручнику: Цивільне право України: Академічний курс: Підручник у 2 т. / Кол. авторів за заг. ред. Я.М. Шевченко. Т.1. Загальна частина. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 520 с.
192. Шевченко Я.М., Севрюкова І.Ф. Гл. Договір дарування (С. 53-62). В підручнику: Цивільне право України: Академічний курс: Підручник у 2 т. / Кол. авторів за заг. ред. Я.М. Шевченко. Т.2. Особлива частина. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 408 с.
193. Шевченко Я.Н. Проблемы гармонизации предпринимательского права // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е.Б. Кубко, В.В. Цветков. Киев: Юринком Интер, 2003. С. 351-356.
194. Шевченко Я.М. Методологічна основа права власності в новому Цивільному кодексі України // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Методологічні проблеми правової науки» (13-14 грудня 2002, Харків), 2003. С. 233-236.
195. Шевченко Я.М. Проблеми нового Сімейного кодексу України // Республіканська Міжвідомчий науковий збірник «Проблеми законності». Харків, 2003. Вип. 63. С. 4-10.
196. Цивільний кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 р. Київ: Істина, 2003. 368 с.
197. Шевченко Я.М. Право власності (С. 6); Право приватної власності (С. 31); Правомочність (С. 46); Регресне зобов'язання (С. 256-257); Собчак (С. 538-539) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2003. Т.5: П-С. 736 с.
198. Шевченко Я.М., Оніщенко Н.М. Правоздатність (С. 45-46) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2003. Т.5: П-С. 736 с.
199. Шевченко Я.М., Прокопенко В.І. Регресний позов (С. 257) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 2003. Т.5: П-С. 736 с.

2004

200. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін-Юре», 2004. Ч.1. 692 с.
201. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін-Юре», 2004. Ч.2. 896 с.
202. Шевченко Я.М., Хуторян Н.М. Проблеми цивільного, підприємницького та трудового права Проблеми цивільного, підприємницького та трудового права // Правова держава, Спеціальний випуск. Київ: ІДП НАНУ, 2004. С. 94-120.
203. Шевченко Я.М. Книга третя: Право власності та інші речові права. Розділ І: Право власності. В кн.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний ко-

ментар / За ред. розробників проекту Цивільну кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 251-273.

204. Шевченко Я.М. Право приватної власності в Україні: проблеми і перспективи // Українське комерційне право. № 5, 2004. С. 19-24.
205. Шевченко Я. М. Деякі проблеми створення і співвідношення Цивільного і Господарського кодексів у процесі руху до громадянського суспільства // Правова держава. 2004, № 15. С. 168-174.
206. Шевченко Я.М., Молявко О.М. Треті особи (С. 130) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.: Т-Я. 2004. 768 с.
207. Шевченко Я.М., Касяненко Ю.Я. Удінцев (С. 175); Флейшиць (С. 286-287); Яблочков (С. 501) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.: Т-Я. 2004. 768 с.
208. Шевченко Я.М. Упущена вигода (С. 220); Цивільне право (С. 365) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.: Т-Я. 2004. 768 с.
209. Шевченко Я.М., Харитонов Є.О. Халфіна (С. 319-320) // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Українська енциклопедія», 1998. Т.: Т-Я. 2004. 768 с.

2005

210. Шевченко Я.М. Гл. 1. Розділ 1. Сутність і значення цивільного права в системі права України (С. 5-31). В кн.: Актуальні проблеми цивільного права і цивільного процесу в Україні. Київ: Юридична думка, 2005. 456 с.
211. Шевченко Я.Н. Проблемы и перспективы развития гражданского права в соответствии с новым Гражданским кодексом Украины // Университетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права, 2005. № 4. С. 57-64.
212. Шевченко Я.М. Право інтелектуальної власності в системі цивільного права України // Университетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права, 2005. № 3. С. 49-52.

2006

213. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 Т. 2-ге видання перероб., і допов. / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, О.В. Дзери, В.В. Луця. К.: Юрінком-Інтер, 2006. 832 с.
214. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 Т. 2-ге видання перероб., і допов. / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, О.В. Дзери, В.В. Луця. К.: Юрінком-Інтер, 2006. Т.2. 1088 с.
215. Шевченко Я.Н. Проблемы и перспективы развития гражданского права в соответствии с новым Гражданским кодексом Украины // Часопис Хмельницького університету управління та права, вип. 4 (16), 2006. С. 57-64.
216. Шевченко Я.М., Труба В.І. Передмова гл. 1, 7, 21. В підручнику: Цивільне право України: академічний курс: підручник: У 2 т. / За заг. ред. Я.М. Шев-

- ченко. 2-ге вид., доп. і перероб. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. Т.1. Загальна частина. 696 с.
217. Шевченко Я.М., Севрюкова І.Ф. Гл. Договір дарування (С. 53-62). В підручнику: Цивільне право України: академічний курс: підручник: У 2 т. / За заг. ред. Я.М. Шевченко. 2-ге вид., доп. і перероб. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. Т.2. Особлива частина. 520 с.
218. Шевченко Я.М. Праця науковців Міжнародного центру правових проблем інтелектуальної власності // Часопис Київського університету права, 2006. № 3. С. 171-172.

2007

219. Шевченко Я.М. Юридичне поняття сім'ї (С. 275-280). В кн.: Гендерні паритети в умовах трансформації суспільства / За заг. ред. Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко. Київ: Юридична думка, 2007. 352 с.
220. Шевченко Я.М. Зміст еволюції цивільного законодавства і проблема утворення цивільного права в українському суспільстві (С. 5-27). В кн.: Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики» / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Київ: Юридична думка, 2007. 340 с.
221. Шевченко Я.М. Алеаторний договір (С. 28); Заповіт (С. 282); Відумерлість спадщини (С. 107); Заповідальний відказ (С. 281); Заповіт (С. 282); Квартира (С. 353); Необережність (С. 523); Обов'язкова частка в спадщині (С. 547); Подружжя (С. 648); Позбавлення батьківських прав (С. 648-649); Право власності (С. 671-672); Право приватної власності (С. 686); Цивільне право (С. 958) // Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією академіка НАН України Ю.С. Шемшученко. Київ: Юридична думка, 2007. 992 с.
222. Шевченко Я.М., Кіргоє Т.П. Іпотека // Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією академіка НАН України Ю.С. Шемшученко. Київ: Юридична думка, 2007. 992 с.
223. Шевченко Я.М., Стефанчук Р.О. Новація (С. 553) // Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією академіка НАН України Ю.С. Шемшученко. Київ: Юридична думка, 2007. 992 с.
224. Шевченко Я.М., Александров Ю.В. Неповнолітні (С. 525-527) // Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією академіка НАН України Ю.С. Шемшученко. Київ: Юридична думка, 2007. 992 с.

2008

225. Шевченко Я.М. Поняття сім'ї та сімейних правовідносин у сімейному та цивільному праві України (С. 443-451). В кн.: Правова система України: історія, стан та перспективи: У п'яти томах, Т. 3 / Голова редкол. вид. В. Я. Тацій; заг. ред. Н. С. Кузнецова. Харків: Право, 2008. 679 с.

2009

226. До 60-річчя Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 1949-2009 / За ред. академіка НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ: Видавництво «Юридична думка», 2009. 216 с.
227. Шевченко Я.М. Вина (С. 123-124); Метод цивільно-правового регулювання

- (С. 485-486); Наука цивільного права (С. 519); Об'єкти цивільного права (С. 551); Правовідносини цивільні (С. 635); Право власності (С. 638-639); Предмет цивільного права (С. 675-676); Суб'єктивне цивільне право (С. 809). В: Енциклопедія цивільного права України / Відп. редактор. Я.М. Шевченко. Київ: Ін Юре, 2009. 952 с.
228. Шевченко Я.М. Публічні і приватно-правові засади в управлінні економікою України // Науково-практична конференція «Загальні тенденції та особливості реалізації охорони і захисту приватних прав в Україні та світі» (12 листопада 2008 р. Київ) / Редкол.: О. Д. Крупчан, М.К. Галянтич, В.І. Король, К.Ю. Молодіко. Київ: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. С. 9-12.
229. Шевченко Я.М. Проблеми реалізації приватно-правових правовідносин в умовах глобалізації // Круглий стіл «Проблеми реалізації приватно-правових правовідносин в умовах глобалізації» (12 листопада 2008 р. Київ) / Редкол.: О. Д. Крупчан, М.К. Галянтич, В.І. Король, К.Ю. Молодіко. Київ: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. С. 111
230. Шевченко Я.М. Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку // Збірник матеріалів II Міжнародної науково-практичної конференції «Методологія частного права: современное состояние и перспективы развития» (22-23 травня 2009 р. Київ) / Редкол.: О. Д. Крупчан (голова), Н.С. Кузнецова, Я.М. Шевченко та ін. Київ: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. С. 29-34.
231. Шевченко Я.М. Роль і значення суб'єктів цивільного права в суспільстві (С. 7-29). В кн.: Суб'єкти цивільного права / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2009. 630 с.
232. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Том 3 «Юридична особа» / За ред.. І.В. Спасибо-Фатеевої. Харків: Страйд, 2009. 736 с.
233. Шевченко Я.М. Поняття приватного права як ядра правопорядку, заснованого на ринковій організації економіки // Право України, 2009. № 8. С. 4-7.
- 2010**
234. Шевченко Я.М. Концептуальні положення об'єднання управлінських і ринкових засад у процесі розвитку ринкових відносин України // Часопис Хмельницького університету управління та права. 2010. № 3. С. 29-32.
235. Шевченко Я.М. Цивільно-правова відповідальність в системі цивільно-правового регулювання // Альманах права: юридична відповідальність: проблеми теорії та практики; Науково-практичне видання. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2010. С. 14-16.
236. Шевченко Я.М. Сім'я як підстава правового регулювання (С. 236-244). В. кн.: Правові засади формування та розвитку гендерного середовища в Україні / За ред.. Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко. Київ: Видавництво «Юридична думка», 2010. 352 с.
237. Шевченко Я.М. Захист і охорона суб'єктивних цивільних прав: сучасний стан і перспективи розвитку // Держава і право у світлі сучасної юридичної думки: Збірник наукових праць на пошану академіка Юрія Сергійовича Шем-

шученка. До 75-річчя від дня народження. Київ: Видавництво «Юридична думка», 2010. С. 277-283.

2011

238. Шевченко Я.М. Поняття захисту і охорони цивільних прав та інтересів у цивільному праві України. В кн.: Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах (С. 6-32) / За загальною рекомендацією академіка НАПрН України Я.М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2011. 528 с.
239. Шевченко Я.М. Поняття юридичної відповідальності: об'єктивний і суб'єктивний аспекти // (Матвеевські читання) Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (16 вересня 2010 р. Київ). Київ: КНТ, 2011. С. 65-70.
240. Шевченко Я.М. Праворозуміння і правореалізація в правоохоронних відносинах цивільної відповідальності / Альманах права: право розуміння та право реалізація: від теорії до практики; Науково-практичний юридичний журнал. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. Вип. 2. С. 17-21.
241. Шевченко Я.Н. 1.1. Раздел 1. Общая характеристика сферы частного права (С. 11-34); 1.2. Раздела 1. Место гражданского права в системе права Украины (С. 35-56); 3.1. Раздела 3. Понятие семьи и семейных правоотношений в семейном и гражданском праве Украины (С. 462-471). В кн.: Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. Харьков: Право, 2011. Т.3: Гражданско-правовые науки. Частное право / под общ. ред. Н.С. Кузнецовой. 680 с.
242. Шевченко Я.М. Проблеми розвитку цивільного права // Матеріали наукової конференції до 20-ї річниці незалежності України (21 червня 2011 р. Київ) / За ред. академіка НАН України Ю.С. Шемшученко; упоряд.: В.П. Горбатенко, І.О. Кресіна. Київ: Видавництво «Юридична думка», 2011. С. 237-246.
243. Шевченко Я.Н. Концептуальные положения объединения управленческих и рыночных начал в процессе развития экономики Украины // Ежегодник предпринимательского и коммерческого права. Санкт-Петербург, 2011. № 4. С. 683-686.

2012

244. Вибрані праці Я.М. Шевченко (1964-2012 рр.). Кам'янець-Подільський: Рута, 2012. 400 с.
245. Шевченко Я.М. Місце цивільного права в системі права України // Право України, 2012. № 1-2. С.125-138.
246. Шевченко Я.М. Ціннісні виміри права як феномен, регулюючого поведінку людини // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри. Науково-практичний юридичний журнал. Випуск 3. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. С. 28-30.
247. Shevchenko Y.N. The Place of Civil Law in the System of Law of Ukraine // Law of Ukraine. № 1-2. 2012. P. 178-190.

2013

248. Шевченко Я.М. 1.1. Розділ 1. Цивільне право як приватне право (С. 7-14). В кн.: Проблеми цивільних правовідносин у сучасній Україні / За заг. ред. акад. НАПрН України Я.М. Шевченко. Київ: Ред. журн. «Право України»; Харків: Право, 2013. – 348 с.

2014

249. Шевченко Я.М. Правова природа і підстави застосування примусових заходів виховного характеру // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – No 5. С. 11-18.

ПРАВОВА РЕФОРМА: КОНЦЕПЦІЯ, МЕТА, ВПРОВАДЖЕННЯ

mgr Bartosz Armknecht,
Uniwersytet Gdański
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego
Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa
ADVISER Armknecht i Partnerzy, Radcowie Prawni sp.k.
(Gdansk, Polska)

IMPLEMENTATION OF «FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION»(FIFA) REGULATIONS BY NATIONAL FOOTBALL SPORTS ASSOCIATIONS. A THEORETICAL AND LEGAL OUTLINE / ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ РЕГЛАМЕНТІВ МІЖНАРОДНОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ФУТБОЛУ (ФІФА) НАЦІОНАЛЬНИМИ ФУТБОЛЬНИМИ СПОРТИВНИМИ СПІЛКАМИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ НАРИС

Метою цієї статті є висвітлення проблематики явища імплементації (втілення) регламентів ФІФА (Міжнародної федерації футболу) національними спортивними спілками, а також здійснення спроби формування каталогу джерел регламентів, що застосовуються до умовних зобов'язань у спортивному праві. Пропонований теоретико-правовий нарис загальним чином представляє підхід спортивних організацій до уніфікації внутрішніх регламентів у футболі, а також методів та прийнятої концепції забезпечення втілення цих регламентів як складових спортивного права.

1. Introduction

Today sport has become one of the economic sectors whose subject is the provision of broadly-defined sports services consisting particularly in the organisation of sports events. Sport has evolved from sports societies (physical culture groups) that bring together their members to practise amateur sport (recreational sport) to professional sport aimed at conducting business activity. As a result of their business activity, entities organising sport, especially sports clubs, undertake many legal transactions, including commercial transactions. This state of affairs required this market to be regulated. Obviously, norms which regulate sports activity and which are intraorga-

nizational to a large degree¹, and in particular regulate football, constitute norms of sports law. Therefore, sports law must be first identified.

According to A. J. Szwarc, all legal acts on sport adopted by the State are sports law.² Nonetheless, statutes as well as rules and regulations of sports organisations can also be numbered among sources of sports law, in addition to binding legislation. On the other hand, according to K. Vieweg's idea presented in the publication *Fascynacja Prawem sportowym*, which was issued in Berlin in 2007³, sports law means a simultaneous binding force of regulations of associations and norms of national law (e.g. FIFA, UFF). Thus it must be concluded that legal norms and regulations (norms) *lex contractus* which regulate the sphere of sport e.g. by controlling sports activity⁴ are sources of sports law. Next, the aspect of colliding laws which occurs between national law and regulations of sports organisations must be settled.

2. FIFA Regulations

The Fédération Internationale de Football Association (FIFA), based in Zürich (Switzerland), was established in 1904 and today it brings together 211 national federations⁵. This means that in terms of the number of members (legal persons) FIFA is the largest international organisation in the world, both as an international organisation and a non-governmental organisation (NGO). FIFA operates under Swiss legislation governing associations, the governing law for the canton of Zürich, in particular Article 60 of the Civil Code⁶. As the leading football organisation, FIFA has become a kind of regulator for football. FIFA regulates areas such as finances of clubs, the legal status of players, the activity of transaction agents (football agents), match agents, disciplinary responsibility in sport, etc.⁷. In this respect, it must be pointed out that FIFA regulations take the form of resolutions of the association. Thus the scope of application of FIFA regulations applies to all its members and additionally imposes an obligation on them that these provisions must be obeyed by the members of enti-

¹ Issues regarding the privatisation of law, particularly in sport cf. B. Armknecht, *Skuteczność prawa – zakaz stadionowy jako instytucja prawa publicznego lub prawa prywatnego. Studium jednego przypadku w ujęciu prawnoporównawczym Polska – RFN* // Ефективність норм права. 36. наук. праць. Матеріали VII міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 17 лист. 2016 р.) / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила, І.О. Ізарової. – Київ: Ніка-Центр, 2016, pp. 147-148. (Skuteczność norm prawa. Kolekcja prac naukowych. Materiały VII Międzynarodowej Naukowo-Praktycznej Konferencji (Kiev, 17 November 2016) / edited by N.M. Parchomenko, M.M. Szumylo, I. O. Izarowa. – Kiev: Nika-Centrum, 2016 pp. 147-148 – owntranslation – B.A.).

² A.J. Szwarc, *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977, pp. 96-98.

³ Full text of the publication is available at: www.irut.de/Forschung/Veroeffentlichungen/OnlineVersionFaszinationSportrecht/FaszinationSportrechtPolnisch.pdf, accessed 13.01.2017.

⁴ Cf. A.J. Szwarc, *Kompatybilność regulacji sportowych i prawnych w kontekście prawnej reglamentacji sportu* // A.J. Szwarc, *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, PTPS, Poznań 2014, pp. 23-27.

⁵ www.fifa.com/about/index.html, accessed 13.01.2017.

⁶ www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201709010000/210.pdf, accessed 13.01.2017.

⁷ www.fifa.com/governance/index.html, accessed 13.10.2017.

ties affiliated to FIFA. The obligation above is *explicite* based on Article 14 of FIFA Statutes of 27 April 2016¹, it explicitly stipulates that national sports associations are required to comply fully with the statutes, decrees, directives and decisions of FIFA bodies and the Court of Arbitration for Sport in Lausanne (CAS)².

3. National sports associations

National sports associations are *de facto* unions of sports clubs that operate pursuant to and within the limits of generally applicable law in the territory where the association operates. As regards the Polish Football Association (PZPN), it is the Polish law, in particular the Act on Sport of 25 June 2010³ and the Law on Associations of 7 April 1989⁴. Thus national «football» associations are associations established in accordance with the provisions of national law locally competent for such associations⁵. National «football» associations, often known as federations, pass internal regulations that apply to all their members, i.e. mainly to sports clubs which *de facto* are the basic unit that creates and organises a sports discipline.

4. The purpose of implementation of FIFA regulations

The purpose of implementation of FIFA regulations by national «football» associations – the *Football Federation of Ukraine* in Ukraine⁶ or the Polish Football Association in Poland⁷ – is to provide secure legal transactions and uniformity of rules and to keep minimum regulation standards. This concerns in particular organisational *fair play*⁸ (financial discipline, transparency of transactions, regulation of the transfer market and employing players as well as the right to a fair trial and rules of competition, e.g. countering TPO (*Third Party Ownership*)).

5. Rules implementing FIFA regulations (conflict of laws issues)

National sports associations implement FIFA regulations under their own resolutions, on the stipulation that as regards the essence of these resolutions, they must include regulations of national law in order to ensure the compliance of association regulations with national law. The compliance of regulations of national sports associations with national law is not always achieved, which has a positive effect on keeping the intra-organisational rules of football associations from different countries

¹ resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutsweben_neutral.pdf, accessed 13.10.2017.

² www.tas-cas.org/en/index.html, accessed 13.10.2017.

³ Dz.U. of 2017, item 1463 – consolidated text.

⁴ Dz.U. of 2017, item 210 – consolidated text.

⁵ For this publication, Article 8 of the Act on sport is particularly important as according to this act sports clubs, sports associations and other legal persons whose statutes, operating agreement or articles of organisation stipulate business activity in a sports discipline can be a member of a Polish sports association. A sports club that is a member of a Polish sports association participates in sports competition organised by this association.

⁶ www.ffu.org.ua/eng/, accessed 13.01.2017.

⁷ www.pzpn.pl/en, accessed 13.01.2017.

⁸ Cf. B. Kończkowski, B.S. Diallo, *Kształtowanie się regulacji prawnej zrzeszeń sportowych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2016, pp. 97-188, 223-227.

uniform. As regards Polish regulations, e.g. the legal classification of sports contracts binding the player with a sports club is broadly debated.

6. Conclusions

The discussed issues concerning the identification of sources of sports law and identification of legal grounds and actual implementations of FIFA rules by national sports associations have shown that indeed these regulations should be implemented in accordance with national law and as such should become a source of law applicable to the contractual obligations of members of these organisations.

Анатолій Бабаскін,

к.ю.н., стар. н. спів.

*відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ПРО НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОСТРОКОВОГО ПОВЕРНЕННЯ КРЕДИТУ ПОЗИЧАЛЬНИКОМ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

За загальним правилом боржник має право виконати свій обов'язок достроково, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 531 ЦК України). Однак дострокове повернення кредиту за кредитним договором підпадає під регулювання нормами глави 71 ЦК України. Норми ЦК України щодо позики, які застосовуються до кредитного договору в субсидіарному порядку, надають право на дострокове повернення лише безпроцентної позики, якщо інше не встановлено договором (ст.1049 ЦК України). Як вказують О.В.Кривенда та Р.А.Майданик¹, Н.С.Кузнецова та А.І.Безклубий², О.М.Соловійов³ дострокове повернення боргу за оплатною позицією допускається, якщо це передбачено договором. Кредит відрізняється від позики, зокрема, тим, що він завжди є оплатним, та надається кредитором за рахунок залучених коштів. Останні залучаються кредитором на оплатній основі, та переважно на строковій основі (наприклад, банківський вклад, міжбанківський кредит). Зазначене обумовлено не тільки нормами законодавства, що регулює

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О.В.Дзери (кер.авт.кол.), Н.С.Кузнецової, В.В.Луця. – К.: Юрінком, 2005. – Т. II. – С. 725.

² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. За ред. Розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина. – URL: <http://uristinfo.net/2010-12-27-04-58-59/76-komentar-tsvilnijnj-kodeks-ukrayini/1609-glava-71-pozika-kredit-bankivskij-vklad.html>

³ 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. 2. – С. 540.

відповідні види цивільно-правових договорів, а й вимогами публічно-правових норм щодо ліквідності кредитних установ¹. За цих умов кредитор може бути не зацікавлений у достроковому поверненні кредиту позичальником, оскільки дострокове повернення кредиту зменшує розмір кредитної маржі кредитодавця від надання кредиту, тим більш, що закон не надає кредиторам права на дострокове повернення залучених коштів (наприклад, за договором банківського вкладу). Зазначимо, що аналогічний підхід демонструє і стаття 143 Банківського кодексу Республіки Білорусь². В окремих випадках право позичальника на дострокове повернення кредиту може бути встановлено законом. Прикладом цього є стаття 16 Закону України «Про споживче кредитування». На думку О.О.Вишневського «завдяки наявності у споживача такого права, кредиторам лишилися змоги за допомогою завищених штрафних санкцій або іншій комісії, зборів, лишити споживача права на дострокове повернення кредиту»³. Зрозуміло, що керуючись принципом свободи договору сторони кредитного договору за участю позичальника – суб'єкта господарювання та негосподарюючого суб'єкта – юридичної особи можуть встановити і інше, надавши останньому право на дострокове повернення кредиту або його частини. В зв'язку з вищевказаним слід звернути увагу на те, яким чином дострокове повернення кредиту регулюється у цивільному законодавстві європейських країн. Згідно §489 Германського цивільного уложення (надалі ГЦУ): «1) Позичальник може припинити кредитний договір з фіксованою процентною ставкою повністю або частково: а) якщо цільова процентна ставка закінчується до закінчення часу, вказаного для погашення, та не буде досягнуто нової угоди щодо процентної ставки за умови, що строк повідомлення складає один місяць в самий найближчий час по закінченню, строку в який припиняється процентна ставка; якщо коректування процентної ставки буде узгоджено на строк до одного року, позичальник може припинити дію тільки по закінченню строку, в який припиняється процентна ставка; б) у будь-якому випадку по закінченню десятирічного строку з дати повного отримання, з періодом повідомлення протягом шести місяців; після отримання позики приймається нова угода про строк погашення або процентну ставку, дата цієї угоди повинна бути змінена на дату отримання. 2) Позичальник може розірвати кредитний договір з змінюваною процентною ставкою у будь-який час з урахуванням періоду повідомлення протягом трьох місяців. 3) Денонсація не вважається такою, що від-

¹ Див., п.п.1.1 – 1.4 гл. 1 роз. V Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженої Постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 р. № 368 (зареєстровано в Міністерстві юстиції України 26 вересня 2001 р. за № 841/6032) // Офіційний вісник України, 2001 р., № 40, стор. 83, стаття 1813, код акту 20055/2001.

² Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. № 441-3. – URL: <http://kodeksy.by/bankovskiy-kodeks>

³ Вишневский А.А. Современное банковское право: банковско-клиентские отношения: Сравнительно-правовые очерки. – М.: Статут, 2013. – С. 150.

булася, якщо сума заборгованості не погашається протягом двох тижнів після припинення. 4) Право припинення у відповідності з пунктами 1, 2 не може бути виключено або ускладнено договором»¹. В свою чергу згідно норм частини 2 § 490 ГЦУ позичальнику надано право достроково розірвати кредитний договір, якщо цього вимагають його законні інтереси за наступних умов: в договорі встановлена фіксована процентна ставка на певний строк; забезпеченням є земельна ділянка або судно, а з моменту отримання кредиту минуло 6 місяців. Тобта такий інтерес має місце, зокрема, у випадку якщо у позичальника є потреба у іншому використанні майна, що забезпечує кредит. У вказаному випадку позичальник зобов'язаний відшкодувати позичальнику шкоду, завдану достроковим розірванням кредитного договору². Правова доктрина Німеччини крім вказаного також надає кредиторам право на отримання компенсації у разі, якщо законом або договором право на дострокове повернення кредиту позичальнику не надано, однак банк дозволив позичальнику таке повернення кредиту³. Схожий підхід в цьому питанні демонструє цивільне законодавство Швейцарії. Згідно норм останнього позичальник має право на дострокове повернення кредиту, однак, якщо кредит був наданий за фіксованою процентною ставкою, банк має право на відшкодування збитків⁴.

Слід зазначити, що право кредитодавця на отримання компенсації у випадку дострокового повернення кредиту також передбачено нормами статті 16 Директиви Європейського парламенту та Ради Європейського союзу 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 року «Про кредитні угоди для споживачів та про скасування Директиви Ради 87/102ЄС»⁵. Аналогічні норми містить і законодавство країн ЄС, які імплементували вказані норми Директиви у національне законодавство. Прикладом цього є: стаття L 311-22 Кодексу прав споживачів Франції⁶, пар. 502 ГЦУ⁷, розділ 95а Закону Великобританії «Про споживче кредитування» (1974р.)⁸.

Говорячи про можливість запровадження компенсацій, спрямованих на

¹ Bürgerliches Gesetzbuchh. – URL: <https://dejure.org/gesetze/BGB/489.html>

² Там само.

³ Asisies P., Beule D., Heise J. Handbuch des fachanwalts Bank – und Kapitalmarktrecht. 1.Auflage. – 2008. – С. 340-342.

⁴ Зарубежное банковское право (банковское право Европейского союза, Франции, Швейцарии, Германии, США, КНР, Великобритании): монография // Отв.ред. Л.Г.Ефимова. – М.: Проспект, 2016. – С. 466.

⁵ Директива Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 р. «Про кредитні угоди для споживачів та про скасування Директиви Ради 87/102ЄС». – URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b19

⁶ Code de la consommation. – URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C43998756924DD352FBFAA715494E1CF.tpdila20v_1?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIART1000023527596&dateTexte=20170831&categorieLien=cid

⁷ Bürgerliches Gesetzbuch. – URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_502.html

⁸ Consumer Credit Act 1974. – URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/39/section/95A>

відшкодування кредитодавцю шкоди, завданої достроковим поверненням кредиту слід зазначити, що згідно частині 4 статті 1166 Цивільного кодексу України шкода, завдана правомірними діями, відшкодовується лише у випадках встановлених вказаним Кодексом або іншим законом. На цей час закон таких випадків стосовно кредитного договору не встановлює. Отже запровадження компенсацій за дострокове повернення кредиту потребує внесення до Кодексу норм, які б надавали кредитодавцю право на отримання вказаної компенсації. Зазначимо, що до аналогічного висновку при аналізі російського цивільного законодавства дійшов О.Я.Курбатов¹.

З метою забезпечення збалансованого підходу у відношенні прав та обов'язків сторін кредитного договору, в цілях надання належного правового регулювання праву позичальника на дострокове повернення кредиту вважаємо, що позичальнику, що залучив кредит під змінювану процентну ставку, слід надати право на дострокове повернення кредиту. Зазначено обумовлено тим, що за таким типом процентної ставки обмежується лише максимальний розмір її збільшення, що введе до підвищеного ризику зростання витрат позичальника на обслуговування кредиту. В свою чергу позичальнику за кредитним договором, в якому встановлена фіксована процентна ставка, слід надати таке право лише по закінченню трирічного строку з дати повного отримання кредиту. Що ж до права кредитодавця на відшкодування збитків, завданих достроковим поверненням кредиту, то надання такого права кредитодавцю лише стосовно кредитів, залучених під фіксовану процентну ставку обумовлено тим, що за кредитами, що були залучені під змінювану процентну ставку врахувати збитки у вигляді втраченої вигоди фактично не можливо.

В враховуючи вказане вважаємо за можливе сформулювати та запропонувати наступні зміни до параграфу 2 глави 71 Цивільного кодексу України:

«Право позичальника на дострокове повернення кредиту

1. Позичальник має право на дострокове повернення кредиту (повністю або частково), залученого під змінювану процентну ставку. Інше може бути встановлено договором або законом. Позичальник має право на дострокове повернення кредиту (повністю або частково), залученого під фіксовану процентну ставку по закінченню трирічного строку з дати повного отримання кредиту. Інше може бути встановлено договором.

2. У кредитному договорі, в якому встановлена фіксована процентна ставка, сторони мають право встановити в договорі умову щодо відшкодування кредитодавцю збитків у вигляді упущеної вигоди, завданих достроковим (повне або часткове) поверненням кредиту позичальником.

3. Положення частини 1-2 цієї статті не розповсюджуються на договори про споживчий кредит, на кредитні договори, що передбачають надання кре-

¹ Курбатов А.Я. Правовые проблемы потребительского кредитования//Банковское право. – 2007. – № 3. – URL: <http://pandia.ru/text/77/31/213.php>

диту у вигляді відновлювальної кредитної лінії, та договори банківського рахунку, що містять умови кредитування рахунку».

Ірина Басова,
*аспірант відділу проблем цивільного,
трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ТРУДОВИХ ПРАВ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИМИ ОСОБАМИ

Питання реалізації трудових прав внутрішньо переміщеними особами є однією з актуальних проблем сьогодення. Важливість підняття цієї теми обумовлене складнощами, з якими стикаються переміщені особи при отриманні нового місця роботи, постановки на облік до центру зайнятості як особа, що шукає роботу, отримання статусу безробітного, та відповідно, нарахування і отримання соціальних допомог.

Основний Закон України проголошує, що кожен має право на працю, можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовує програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. Кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом¹.

Трудові правовідносини в Україні регулюються Кодексом законів про працю в Україні² (далі – КЗпП), 1971 р. Його положення розповсюджуються на працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності і галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами. І внутрішньо переміщені особи (далі – ВПО) не є виключенням з цього. Особливого значення в сучасних умовах набуває зміст ст. 2-1 КЗпП, якою забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей, обмеження прав працівників політичних, релігійних та інших переконань, місця проживання тощо. Бо, саме з порушеннями цієї норми, в більшості випадків стикаються ВПО при працевлаштуванні. Положення щодо недопустимості дискримінації при реалізації трудових прав ВПО містяться і в Законі

¹ Конституція України від 28.06.1996 № 254. Доступні на <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (18.10.2017).

² Кодекс законів про працю в Україні від 10.12.1971 № 322. Доступні на <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/322-08> (18.10.2017).

України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»¹ від 20.10.2014 р. № 1706.

Вже неодноразово наголошувалося на тому, що ВПО стикаються з труднощами при реалізації своїх прав, свобод та законних інтересів. Розглянемо особливості припиненні трудових відносин з роботодавцем, що перебуває на тимчасово окупованих територіях Луганської та Донецької областей.

Так, підстави та порядок припинення трудових відносин з працівником визначається КЗпП. За загальним правилом, для цього необхідно подати заяву у визначений нормативним актом строк, отримати належним чином оформлену трудову книжку, копію наказу про звільнення з роботи, а також належні суми виплат на момент звільнення. Але, для працівників, роботодавці яких перебувають на тимчасово окупованих територіях Луганської та Донецької областей це стає практично неможливим. Це може бути наслідком тривання бойових дій на цих територіях, припиненням існування підприємств, установ, організацій або зміни адреси.

Дефініція ст. 4 ст. 7 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» для ВПО, які не звільнилися з роботи, у разі неможливості продовження роботи за попереднім місцем проживання може припинити трудові відносини, надавши нотаріально посвідчену письмову заяву про припинення працівником трудових відносин. Ця заява має містити підтвердження того, що вона надіслана роботодавцю рекомендованим листом (з описом вкладеної до нього такої заяви). У разі припинення приймання поштових відправлень на/з території адміністративно-територіальної одиниці, з якої здійснюється внутрішнє переміщення у зв'язку з обставинами, така заява подається до відповідного районного, міськрайонного, міського, районного у місті центру зайнятості за місцем проживання ВПО.

Проте, непоодинокими є випадки, коли неможливість припинення трудових відносин з підприємством, установою, організацією, що знаходиться на тимчасово окупованих територіях Луганської та Донецької областей обумовлена припиненням їх діяльності. Тому формою захисту своїх трудових прав є звернення ВПО до суду із заявою про встановлення факту припинення трудових відносин. Наприклад, рішенням Токмацького районного суду Запорізької області від 11.12.2014 р. у справі 328/4174/14-ц² встановлено факт припинення трудових відносин, трудові відносини припинено. Про що більш докладно.

У листопаді 2014 р. ОСОБА_1, заінтересована особа: Токмацький міськрайонний центр зайнятості, звернувся до суду з заявою про встановлення факту

¹ Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20.10.2014 р. № 1706. Доступні на <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1706-18/page> (18.10.2017).

² Рішення Токмацького районного суду Запорізької області від 11.12.2014 р. Справа 328/4174/14-ц. Доступні на <http://lawgarant.com.ua/publikatsii/uncategorized/prekrashhenie-trudovogo-dogovora-v-zone-ato-cherez-sud/> (18.10.2017).

припинення трудових відносин з роботодавцем, що знаходиться на території проведення АТО. Свою заяву останній обґрунтовує тим, що з жовтня 2014 р. він разом зі своєю сім'єю проживають у м. Токмак Запорізької області та мають статус ВПО. Ці дані підтверджувалися довідкою про первинну реєстрацію переміщеної особи від 04.08.2014р. №75, виданої штабом по роботі з вимушеними переселенцями, як прибувають на територію Запорізької області з АРК, м.Севастополь, Донецької та Луганської області; довідками Управління соціалістичного Токмацького міської ради Запорізької області від 20.10.2014р. №2321000055 та від 24.10.2014р. №2321000099. Відповідно до умов трудового договору працював на посаді майстра гірської підземної ділянки у ВП «Шахтоуправління Волинське» ДП «Торезантрацит», що підтверджується трудовою книжкою від 03.01.1995 р. Факт роботи заявника на зазначеному підприємстві, підтверджується листом Токмацького міськрайонного центру зайнятості від 10.11.2014р. №1150, та індивідуальними відомостями про застраховану особу, які були заявнику надані ПФУ в м. Токмак та Токмацькому районі від 24.10.2014р.

В кінці липня 2014 р., внаслідок акту агресії з боку Російської Федерації, що становив реальну загрозу життю та здоров'ю заявника та його родини, останній був вимушений залишити постійне місце проживання в м. Торез. Через терміновість свого виїзду, заявник не мав можливості належним чином, упорядкувати свою особисту документацію, зокрема, розірвати трудові відносини з підприємством, де працював, оскільки на момент виїзду, встановити будь-який зв'язок з керівництвом підприємства не виявлялося можливим. З метою стати на облік в центр зайнятості як особа, що шукає роботу, отримати статус безробітного та соціальні виплати, заявник звернувся до Токмацького міськрайонного центру зайнятості з відповідною заявою. Але останньому було відмовлено, оскільки між ним та ДП «Торез Антрацит» не припинено трудові відносини. Судом були досліджені та враховані викладені заявником обставини і докази. При винесенні рішення, суд посилався на ч.2 ст.256 ЦПК України *(в судовому порядку можуть бути встановлені також інші факти, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення)*; постановою Пленуму Верховного суду України від 31.03.1995 р. № 5 *(перелік фактів, які встановлюються судом, не є вичерпним, за наявності зазначених умов суд може встановлювати й інші факти, що мають юридичне значення)*. За результатами судового розгляду заява була задоволена, факт припинення трудових відносин встановлено.

Отже, викладене свідчить, що питання реалізації ВПО своїх трудових прав є актуальною проблемою сьогодення. Особливого значення набувають положення щодо дискримінаційного ставлення до ВПО, що є не припустимим в сучасному демократичному суспільстві. Одним з шляхів його подолання, на нашу думку, є впровадження державних програм соціальної інтеграції ВПО. Вдалим можна вважати положення Закону, що забезпечує реалізацію трудових

прав осіб, роботодавці яких перебувають на тимчасово окупованих територіях Луганської та Донецької областей. Вони активно застосовуються ВПО при зверненні до суду.

Мирослава Білак,
*д.ю.н., професор кафедри теорії права та прав людини
Українського католицького університету
(Львів)*

ДОКАЗУВАННЯ ЯК ВАЖЛИВИЙ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНИЙ СТАНДАРТ

В Україні в умовах відсутності адміністративно-процедурного кодексу, важливо знайти способи обмеження свавілля органів управлінської сфери під час здійснення ними адміністративного розсуду. Йдеться про проблеми, пов'язані з процедурою дослідження доказів, яка здійснюється під час контрольно-наглядової діяльності у податкових справах зокрема органами ДФС. Чинні нормативно-правові акти про адміністративну процедуру не містять прямої вказівки щодо стандартів доказування. Вказану проблему можливо вирішити за допомогою визначених у статті 6 (1) ЄКПЛ стандартів адміністративної процедури. Одним із її головних принципів є *audi alteram partem* (з латин.) – «право бути почутим», особливо на досудовому етапі розгляду справи. Невід'ємним елементом цього принципу є процедура доказування.

Проблема доказування також була предметом дискусії в рамках проведеного нещодавно круглого столу: «Актуальні проблеми адміністративного судочинства в податкових спорах»¹. Серед обговорюваних проблем, учасники круглого столу звернули зокрема увагу на те, що: «частими є випадки, коли вже складено акт перевірки, на його основі видано податкове повідомлення-рішення, а митарі намагаються знайти не просто аргументи, а нові фактичні обставини. Продовжують намагання здобути нові докази в межах кримінальних проваджень. А інколи, якщо йдеться про важливі справи, після того, як почули позицію платника, вже починають шукати нову аргументацію на рівні ДФС»². Виглядає, що органи влади, які наділені контрольно-наглядовими повноваженнями, дуже часто беруть кримінально-каральний підхід.

Існує точка зору, що доказування в адміністративному процесі мало би бути, як у кримінальному. Проте КАС не містить стандарту доведення поза розумним сумнівом³. В цьому зв'язку слід звернути увагу на декілька моментів,

¹ Веремко В. За розмаїття вибору. Не все те доказ, на чому намагаються будувати свою позицію фіскалі. // Закон і бізнес. 2017. №38 (1336). 07 жовтня.

² Веремко В. Там само.

³ Веремко В. Там само.

які не дозволяють змішувати ці поняття: 1) судові процедури згідно Резолюції (77)31 Комітету міністрів про захист особи в розрізі актів адміністративних органів¹, розслідування кримінальних злочинів як сукупність процесуальних дій до передачі їх до суду, законодавчі процедури знаходяться поза сферою застосування резолюції; 2) положення статті 6 (1) ЄКПЛ, яка є частиною національного законодавства чітко розмежовує цивільні і кримінальні права, а відповідно вміщує процедурні стандарти для їх захисту.

Якщо говорити про адміністративну процедуру, то відповідно під дію вказаної статті 6 (1) ЄКПЛ, яка говорить про цивільні права, підпадають і права, які мають публічний інтерес і зазнають порушень, або негативного впливу і мають захищатися за допомогою адміністративної процедури². Зважаючи на викладене, не можна говорити про запровадження стандартів доказування, які існують у кримінальному праві так само і в адміністративному праві.

Здійснюючи дослідження доказів з метою досягнення високого ступеню справедливості, необхідно забезпечити принцип *audi alteram partem* – «дозволити кожній стороні бути почутою». Згідно з цим принципом забезпечується необхідний баланс інтересів у відносинах між адміністративним органом та особою. Зрозуміло, що вказана процедура може забирати багато часу чи ресурсів, проте вони є важливі для захисту персональних інтересів особи, яка зазнала несприятливого ефекту. Якраз питання часу і ресурсу можуть бути вирішеними за допомогою принципу пропорційності і адекватності³. Без «права бути почутим» та робити заяви, представляти свідків – доказування може не досягати справедливості.

Правники переконані, що залучати докази, здобуті не в ході перевірки, не можна, бо це виходить за межі компетенції органу контролю. Фактично йдеться про виправлення помилок, допущених через неякісно проведену роботу⁴. Саме тому особи, які підпадають під проведення контрольно-наглядових дій з боку відповідних органів, повинні мати можливість перевірити чи протестувати докази. Оцінення доказів за допомогою сторін, які зацікавлені в детальному дослідженні тими, чий інтерес могли б бути перевірені (протестовані) ефективним методом, наприклад, за допомогою змагального методу, досягають своєї основної мети – встановлення справедливості. В такому випадку сторони «є добрими стосовно себе і під принципом захисту самих себе»⁵.

¹ Резолюція (77) 31 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам про захист особи відносно актів адміністративних органів від 28 вересня 1977 р. // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [автор-упорядник В.П. Тимошук. К. : Факт, 2003.С. 460–468.

² D.J.Galligan. Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures – Oxford University Press Inc., New York. - Reprinted. 2004. P.219.

³ D.J.Galligan.P.272.

⁴ Веремко В. Там само.

⁵ D.J.Galligan.Там само.P.273.

Справедливість не диктує, які процедури для проведення тестування доказів можуть бути застосовані сторонами, за виключенням визначених законодавством. Втім існує застереження, що не протестовані докази можуть бути прийняті як основа для пізніших рекомендацій і можливих дій проти сторін, особливо якщо цей доказ не найкращий¹. Тому детальне вивчення доказів тими, хто є зацікавленим в цьому процесі може бути ефективним методом для тестування, втім не єдиним. Надійним методом тестування доказів є аргументований підхід, до речі, чи не єдиний до певної міри². Тоді, «І суд, адвокат чи ДФС у подібній ситуації зможе застосувати доктрину, пройшовши тест на відповідність критеріям»³, що в свою чергу, дозволить забезпечити принцип правової визначеності, а також єдність судової практики і допомагати праву залишатися «живим», пристосовуючи його до потреб сьогодення.

Важливим стандартом справедливої процедури є: акуратні висновки, детальні точні рекомендації, добра воля, розумні і раціональні положення. За результатами тестування доказів, процедури повинні включати: що повинно бути включено і запропоновано; розкриття матеріалів, на якому вони базовані; можливість бути почутим в певному відношенні до цього⁴.

Отже, існує нагальна потреба у прийнятті кодексу про адміністративні процедури, який би, окрім принципу «право бути почутим», відповідно до принципу законності, визначали систему регулювання контрольно-наглядової діяльності на підставі інших, не менш важливих принципів: доступ до інформації, допомога та представництво інтересів, обґрунтування рішень, засоби правового захисту тощо⁵. Процедурні стандарти дозволять проводити тестування дій органів виконавчої влади у сфері управлінської діяльності, зокрема стандартів доказування органів ДФС, а також у суді.

¹ D.J.Galligan. Там само.Р.272.

² Див.: Резолюція (77) 31 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам про захист особи відносно актів адміністративних органів від 28 вересня 1977 р. Там само. С. 460–468.

³ Веремко В. Там само.

⁴ D.J.Galligan. Там само. Р. 273.

⁵ Практика ЄСПЛ, яка є джерелом національного права, також вказує на те, що в національному праві має бути засіб юридичного захисту від свавільних втручань органів державної влади, гарантованих Конвенцією. Визначення дискреційних повноважень, якими наділені органи державної влади в сфері права у спосіб, що фактично робить ці повноваження необмеженими, суперечило б принципу верховенства права, яке має чітко визначити межі повноважень компетентних органів та чітко визначити спосіб їх здійснення, беручи до уваги засоби, який розглядається, щоб гарантувати особі адекватний захист від свавільного втручання. (Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України» від 14 ервня 2007 року/Офіційний Вісник України. 2007, 11, №81, ст. 3042).

Алеся Блажко,
*младший научный сотрудник отдела исследований
в области гражданского, экологического и социального права
Национального центра законодательства
и правовых исследований Республики Беларусь
(Минск, Беларусь)*

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПОВЫШЕНИЯ ПЕНСИОННОГО ВОЗРАСТА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ¹

Развитие, совершенствование и обеспечение стабильного функционирования пенсионных систем – гарантия реализации права на достойный уровень жизни населения преклонного возраста. На сегодняшний день существенная нагрузка на пенсионные системы в условиях демографического старения населения, что характерно для значительного количества стран, обуславливает возникновение нестабильности финансового состояния пенсионных фондов и иных проблем в исследуемой области.

В данной связи во многих странах мира происходит проведение пенсионных реформ. Наиболее распространёнными их мерами становятся развитие корпоративного и личного пенсионного страхования, пересмотр государственной политики в области занятости населения, в том числе путем привлечения мигрантов, а также повышение пенсионного возраста. Последняя мера, как правило, применяется в случае, если иные не дали необходимого результата. Данный опыт представляет интерес в связи с тем, что постоянная убыль населения в странах Европы и некоторых иных странах мира началась с послевоенного времени, в то время как в странах постсоветского пространства проблема старения населения появилась в 90-е гг. XX в.

Для Республики Беларусь вопрос повышения общеустановленного пенсионного возраста стал в последнее время широко обсуждаемым о причине нормативного закрепления новых границ выхода на социальную и трудовую пенсии. Следует отметить, что повышение пенсионного возраста на постсоветском пространстве уже произошло во многих странах: Азербайджане, Армении, Грузии, Литве, Латвии, Словакии и т.д. Неизменным он остался только в России и Узбекистане. При повышении общеустановленного пенсионного возраста, как правило, применяется поэтапный переход к более высоким показателям вплоть до достижения границы, установленной в нормативных правовых актах. Во многих странах закреплён гибкий пенсионный возраст.

В Республике Беларусь при повышении возраста выхода на социальную пенсию переходного периода не предусматривалось, одновременно он повы-

¹ Подготовлено при поддержке БРФФИ (грант № Г16К-089).

сился на 5 лет и составил 65 и 60 лет для мужчин и женщин соответственно¹. А вот общеустановленный пенсионный возраст, досрочный возраст выхода на пенсию, предельный возраст состояния на военной службе изменяться поэтапно. С 1 января 2017 г. и каждый последующий год с 1 января общеустановленный пенсионный возраст будет увеличиваться на 6 месяцев до достижения мужчинами 63 лет, а женщинами — 58 лет²; возраст, дающий право на трудовую пенсию по возрасту и трудовую пенсию за выслугу лет, назначаемую до достижения общеустановленного пенсионного возраста, пенсию за выслугу лет государственным служащим, на ежемесячное денежное содержание отдельных категориям государственных служащих, а также предельный возраст состояния на военной службе повышаются ежегодно с 1 января на 6 месяцев, но не более чем на 3 года в общей сложности³.

Несмотря на сложные демографические условия и ряд иных достаточно обоснованных аргументов, нельзя сказать, что повышение пенсионного возраста — единственное верное решение при наличии финансовой неустойчивости пенсионной системы, и его можно использовать без учета негативных тенденций ухудшения здоровья, установления инвалидности и потери трудоспособности граждан старших возрастных групп. В частности, показательным является анализ глобальной ситуации в мире о состоянии здоровья пожилых граждан, представленный ВОЗ в 2016 г.: несмотря на успехи в преодолении смертности в пожилом возрасте, имеется мало свидетельств того, что пожилые люди сегодня имеют лучшее здоровье, чем их родители в том же возрасте. Увеличение продолжительности жизни в условиях быстрого ухудшения физической и умственной способности в целом будут крайне негативно сказываться на жизни общества⁴. Такая ситуация может спровоцировать увеличение числа граждан, обращающихся за пенсией по инвалидности, получением государственной адресной социальной помощи, жилищных субсидий и т.д. Соответственно, в какой-то степени дефицит бюджета фонда социальной защиты населения Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь будет латентно компенсироваться средствами республиканского бюджета.

Гораздо более предпочтительной видится ситуация, когда те пожилые гражд-

¹ О совершенствовании пенсионного обеспечения : Указ Президента Респ. Беларусь, 8 дек. 2014 г., № 570 : в ред. Указа Президента Респ. Беларусь от 31.12.2015 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017.

² О совершенствовании пенсионного обеспечения : Указ Президента Респ. Беларусь, 11 апр. 2016 г., № 137, п. 1.1 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017.

³ Там же, п. 1.2, 1.3.

⁴ Многосекторальные действия по обеспечению здорового старения на основе подхода, охватывающего весь жизненный цикл: проект глобальной стратегии и плана действий по старению и здоровью : Доклад Секретариата ВОЗ, 69-ая сессия Всемирной ассамблеи здравоохранения (A69/17), 22 апр. 2016 г. — 54 с., с. 8–9.

дане, которые обладают достаточно крепким здоровьем, участвуют в жизни общества, в том числе как работники и предприниматели в добровольном порядке. В таком случае целесообразно устанавливать гибкий пенсионный возраст. Как отмечает ВОЗ, биологические изменения, которые происходят в процессе старения, слабо связаны с количеством прожитых лет¹. Соответственно, во многих случаях человек лишь на основании собственных ощущений либо медицинских показаний (в случае установления инвалидности) может решить вопрос о продолжении эффективной трудовой деятельности.

Многие специалисты при обосновании необходимости повышения общеустановленного пенсионного возраста ссылаются на то, что в большинстве стран мира данный показатель превышает соответствующее значение в Республике Беларусь. Тем не менее средняя ожидаемая продолжительность жизни при рождении мужчин в Беларуси по сравнению с большинством развитых стран мира остается низкой. При этом разница между ожидаемой продолжительностью мужчин и женщин составляет более 10 лет: у мужчин – 68,6 лет, а у женщин – 78,9 лет. Приведенные нами цифры высокой ожидаемой продолжительности жизни при рождении у женщин в Беларуси нивелируются официальной статистикой ВОЗ о продолжительности здоровой жизни белорусов. В 2014 г. данный показатель составил 58,3 года для мужчин и 66,1 года для женщин². Соответственно, на сегодняшний день среднестатистический белорусский мужчина не может претендовать на здоровую старость после наступления возраста выхода на пенсию. Более того, с учетом новых показателей общеустановленного пенсионного возраста и на основании данных ожидаемой продолжительности жизни при рождении после назначения пенсии мужчина в среднем будет ее получать чуть более 5 лет. Что касается женщин, то период их здоровой старости составит около 8 лет, и получателями пенсий они будут на протяжении более 20 лет. Несмотря на то, что продолжительность жизни у женщин, как правило, выше чем у мужчин, они в течение жизни имеют обычно худшее здоровье и более высокую степень распространенности нищеты³. Однако полагаем, что в целом данные о хорошем здоровье мужчин в течение жизни могут быть недостаточно достоверными из-за того, что они реже обращаются в медицинские учреждения, и их заболевания протекают латентно.

Одни и те же факторы (например, наличие семейных обязанностей у жен-

¹ Там же, с. 10.

² Короб, А.Н. Реформирование пенсионной системы Республики Беларусь с учетом социально-демографических процессов : дисс. ... канд. экон. наук : 08.00.05 / А.Н. Короб. – Минск, 2016, с. 84.

³ Многосекторальные действия по обеспечению здорового старения на основе подхода, охватывающего весь жизненный цикл: проект глобальной стратегии и плана действий по старению и здоровью : Доклад Секретариата ВОЗ, 69-ая сессия Всемирной ассамблеи здравоохранения (A69/17), 22 апр. 2016 г. – 54 с., с. 11.

щин по уходу за членами семьи и материнство) для некоторых исследователей становятся основанием в пользу дифференциации пенсионного возраста по гендерному признаку¹, а для других – наоборот, для установления единого пенсионного возраста для мужчин и женщин². Полагаем, что указанный фактор в некоторых случаях является препятствием для формирования женщинами страхового стажа, необходимого для назначения трудовой пенсии.

На сегодняшний день в Республики Беларусь уже установлен достаточно высокий пенсионный возраст, который в случае стабилизации состояния финансовой системы пенсионного обеспечения даже может быть снижен до 60 лет для мужчин с учетом невысокой продолжительности их жизни. Уравнивание пенсионного возраста для мужчин и женщин и установление его на отметке в 60 лет позволит, кроме того, пополнить бюджет фонда, в первую очередь, за счет большего количества женщин по сравнению с количеством мужчин в Республике Беларусь. Однако повышение пенсионного возраста для женщин должно сопровождаться целым комплексом мер по дальнейшему развитию здравоохранения и реформированию политики занятости по отношению к гражданам старших возрастных групп.

Наряду с указанным необходимо рассмотреть вопрос о пересмотре возрастных норм досрочного выхода на пенсию за выслугу лет государственным служащим, получения ежемесячного денежного содержания отдельным категориям государственных служащих, а также предельного возраста состояния на военной службе в сторону увеличения на основании данных о воздействии неблагоприятных производственных факторов (в том числе психоэмоциональных), данных о наступлении инвалидности в результате осуществления такой работы (службы) и иных экспертных оценок.

¹ Мачульская, Е.Е. Право социального обеспечения. Перспективы развития / Е.Е. Мачульская. – М. : Городец, 2000. – 144 с., с. 77–78; Толкунова, В.Н. Дифференциация правового регулирования социального обеспечения женщин и детей / В.Н. Толкунова // Труды ВЮЗИ. Социальное обеспечение в СССР за последние 60 лет (правовые аспекты). – М. : РОИ ВЮЗИ, 1979. – С. 10–15, с. 11–13.

² Многосекторальные действия по обеспечению здорового старения на основе подхода, охватывающего весь жизненный цикл: проект глобальной стратегии и плана действий по старению и здоровью : Доклад Секретариата ВОЗ, 69-ая сессия Всемирной ассамблеи здравоохранения (A69/17), 22 апр. 2016 г. – 54 с., с. 11.

ПРАВОВІ ПИТАННЯ ОБ'ЄКТИВІЗАЦІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ПРАЦЮ

С^тупінь значущості прав людини і рівень їх забезпеченості є, мабуть, одним з основних критеріїв оцінки рівня розвитку суспільства. При цьому діапазон наукових поглядів з питання їх обґрунтованості або щодо можливості обґрунтувати існування таких права залишається широким.

Наявність таких міжнародних актів як Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р, Європейська соціальна хартія (переглянута) від 01.07.1999 р, які стверджують, що соціально-економічні права є важливою складовою частиною прав людини, також актуалізують питання співвідношення прав людини як абстрактних, природних / моральних прав, з одного боку, і юридичних прав – з іншого.

Проблема об'єктивізації прав людини, серед яких виділяють і право другого покоління – право на працю, містить в собі кілька аспектів: (1) питання віднесення права людини на працю до природних / моральних прав; (2) питання необхідності текстуального закріплення прав людини в законодавчих актах (3) питання про конструкцію «право-обов'язок» людини.

Проблема об'єктивізації прав людини, серед яких виділяють і право іншого покоління – право на працю, містить в собі кілька аспектів: (1) питання віднесення права людини на працю до природних / моральним правам; (2) питання необхідності текстуального закріплення прав людини в законодавчих актах (3) питання про конструкцію «право-обов'язок»

1. Питання щодо належності права на працю до природних прав може бути поставлений, в зв'язку з наступними обставинами:

(а) теза про природність/моральність права на працю хоч і є необхідною, але недостатньою для обґрунтування природності/моральності даного права¹.

Суть ідеї природного права полягає в тому, що поряд з правом, створеного людьми і вираженого в законах існує природне право – сума вимог, у своїй вихідній основі народжених безпосередньо, без будь-якої людської участі, са-

¹ Філософія прав людини / За редакції Ш.Госепата та Г.Ломанна. Пер. з нім. О.Юдіна та Л.Доронічевої. – К.: Ніка-Центр, 2008, 320 с. – (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 13). – С. 114.

ним натуральним життям суспільства, «природою», «єством» людського буття, об'єктивними умовами життєдіяльності, природним ходом речей¹.

При цьому розуміння «природного» може помітно відрізнитися в різних культурах, в різні часи. Так, наприклад, Арістотель стверджував про природність «рабства», зазначаючи, що: «одні люди по природі є вільними, а інші – раби. І цим останнім бути рабами і корисно, і справедливо».

Логіка існування права тільки лише на підставі його природності або, виходячи з моралі, може спричинити за собою обґрунтування права на помсту, права на правопорушення, в разі загрози життю, і т.д., що не є прийнятним для конструктивної суспільної взаємодії.

(б) право людини на працю належить не всім людям, незалежно від віку, статі, знань і т.д., а тільки тим, хто може бути суб'єктом трудових правовідносин. Дана обставина свідчить про те, що право людини на працю обмежена за суб'єктним складом.

(в) фактичний обсяг права на працю визначається і законодавцем в процесі правотворчості, і суб'єктом тлумачення – в процесі право-застосування, що робить його умовним в залежності від обставин.

При цьому не заперечуючи «природно-правового» характеру права на працю, вчені-трудовики уточнюють і доповнюють, що дане право знаходиться на стику природних прав (за підставою виникнення) і позитивних прав (за порядком закріплення). Так, право на працю, реалізація якого дозволяє отримати необхідні кошти на існування, а так само право на безпечні умови праці, на думку Лушнікова А.М. і Лушнікової М.В., відносяться до числа природних прав людини. Однак їх конкретне наповнення (гарантії працевлаштування, мінімальний розмір оплати праці, інші стандарти праці «поріг прав») залежить від економічного становища держави і ряду інших факторів².

На думку Андрієва В.М., який також не заперечує природно-правового характеру права на працю стверджує наступне: «Зупинитися на визнанні природності і невідчужуваності прав людини на працю було б рівнозначним тому, що декларації так і залишилися б нездійсненими. Необхідна політична воля держави щодо прийняття законів, що забезпечують механізм її реалізації»³.

Розгляд «природного» права на працю, як методологічної категорії, забезпечує загальний підхід до явищ правової дійсності, тобто кажучи, що щось природно з якихось причин: наукових, релігійних, біологічних, вчений/законодавець/суб'єкт тлумачення при належному обґрунтуванні може вийти за рамки позитивного права і в принципі права і врахувати зовнішній фактор в

¹ Алексеев С.С. Философия права. – М.: Издательство НОРМА. – 1998 г. – 336 с. – С. 18.

² Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития: монография / А.М. Лушников, М.В. Лушникова. – Москва: Проспект, 2015. – 272 с. – С. 26.

³ Андрієв В. Природний характер трудових прав працівників // Право України. – 2007. – №4. – С. 67-70. – С. 67.

процесі пізнання / правотворчості / тлумачення. Тенденція перекладу трудових прав в категорію природних прав людини також може бути виправдана їх високою соціальною значимістю для суспільства в цілому, і бажанням визнати трудові права людини безумовними, щоб звільнити його від мінливої волі законодавця і суб'єкта тлумачення в визначенні обсягу та змісту цих прав.

2. Питання про необхідність текстурального закріплення прав людини в законодавчих актах є неоднозначним, але вже вирішеним на користь їх закріплення.

Малахов В.П. справедливо зазначає, що спроба формалізувати права людини, створивши механізм реалізації прав і подрібнивши права і свободи на безліч дрібніших прав і свобод і потім створювати для них додаткові умови реалізації є «витіснення» людини з права¹. Напевно тому більшість соціальних прав людини, навіть тих, які закріплені в законодавчих актах вищої юридичної сили, тлумачиться не як суб'єктивні права, а виключно як об'єктивні права, тобто в контексті державного обов'язку або цілі правового регулювання.

Однак широкий діапазон наукових поглядів на права людини і безсистемна правотворчість привели до дроблення права людини на працю, звуживши його до сукупності правомочностей умовно пов'язаних з обов'язками.

Таким чином, право людини на працю іноді зводиться лише до суб'єктивного права індивіда, що суперечить природнім правам людини. Вирішити дану юридичну задачу можна лише провівши інвентаризацію термінології з прав людини і відновивши правові зв'язки між термінами «право» і «обов'язок».

3. Право людини на працю має ваду, так як воно не передбачає обов'язків людини, що витісняє особу із загальної системи взаємовідносин людей між собою, в тому числі і правовідносин, де різнобічні інтереси осіб повинні взаємоузгоджуватися.

Відсутність правового зв'язку між правом суб'єкта трудових відносин та його обов'язком призводить до того, що фактично право суб'єкта трудових відносин залишається нереалізованою декларацією, а обов'язок не виконується через незбалансованість або відсутність правомочностей, які б дозволили реалізувати цей обов'язок.

Проблема об'єктивізації права людини на працю показує, що вчені-трудовики, незважаючи на абстрактний неправовий зміст прав людини, комплексно інтегрували його в позитивне право, визнавши природний характер підстави виникнення цього права. Іншими словами, зміст вчення «природного права» змінився і у сучасному розумінні природного права діє через юридичні конструкції позитивного права, в тому числі і через конструкцію «правообов'язку».

¹ Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории: монография //В.П. Малахов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2013 – 151 с., (Серия «Научные издания для юристов»). – С. 90.

Eduard Boisteanu,

*Doctor Habilitatus in Law, Associate Professor, Private Law Department,
Faculty of Law and Social Sciences, «Alecus Russo» Balti State University,
(Balti, Republic of Moldova)*

Iulia Drumea,

*MA in Law, University Lecturer, Private Law Department,
Faculty of Law, State University of Moldova,
(Kishinev, Republic of Moldova)*

SOME REFLECTIONS ON THE PROCEDURE OF DRAWING THE EMPLOYEE TO DISCIPLINARY LIABILITY IN THE LIGHT OF THE LABOR CODE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA / ДЕЯКІ РОЗДУМИ ЩОДО ПРОЦЕДУРИ ПРИТЯГНЕННЯ ПРАЦІВНИКА ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КРИЗЬ ПРИЗМУ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ РЕСПУБЛІКИ МОЛДОВА

Субординація є невід'ємною вимогою для будь-якого робочого процесу. Субординаційні відносини, є об'єктивною потребою, яка викликана самим розподілом праці. Підпорядкованість в рамках легальних трудових правовідносин, в кінцевому підсумку, є правовою підставою застосування дисциплінарних стягнень. У цій статті автори висвітлили юридичну процедуру (її етапи) про притягнення працівників до дисциплінарної відповідальності. Також у світлі доктринальних поглядів аналізуються проблеми юридичної кваліфікації відмови працівника від участі у дисциплінарному розслідуванні та визнання недійсним рішення про дисциплінарне звільнення.

Like the organization of labour to which it is indissolubly linked, labor discipline is a needed and indispensable condition for conducting work, with the highest possible efficiency, in each entity. It can be defined as a state of order in the process of work, resulting from the strict observance of the norms governing this process and fulfillment by all the participants of the obligations assumed by the conclusion of the individual labor contracts¹.

From the analysis of the provisions of the Labor Code of the Republic of Moldova (hereinafter the LC of the RM), we can conclude that the procedure of drawing the employee to disciplinary liability presumes the mandatory observance of the following stages².

1) *Establishing the disciplinary offense.* Committing a disciplinary offence (coming to workplace in a state of alcoholic inebriation, absence from the workplace during

¹ Eduard Boisteanu, Nicolai Romandas, *Labour Law. Textbook*, Chisinau, Central Printing House, 2015, p. 643.

² Official Monitor of the Republic of Moldova, 29.07.2003, nr. 159-162, art. 648.

the working day, etc.) must be proved by an investigation document which may have different names: act, minutes, note, etc. When discussing about the issue of drafting the investigation document, we are of the opinion that those involved in the drafting of such an act must apply by analogy (or directly, if necessary) the provisions of art. 76 let. k) of the LC of the RM and, as a result, the act under discussion is to be signed by an equal number of representatives of the employer and of the employees.

The investigation act shall be forwarded to the management of the entity to take appropriate actions. At the same time, the importance of the investigation act can be supported by the fact that, according to art. 209 para. (1) of the LC of the RM, the disciplinary sanction shall be applied, as a rule, immediately after establishing the disciplinary offense, but not later than one month from the date of its establishment, i.e. not later than one month from the date of drafting the investigation act.

2) *Requesting a written explanation from the employee regarding the offense committed.* According to art. 208 para. (1) of the LC of the RM, the explanation regarding the committed offense may be presented by the employee within 5 working days from the date of the request. The refusal to submit the required explanation shall be recorded in a minute signed by an employer's representative and a representative of the employees.

At the same time, it is noteworthy that, according to art. 208 para. (2) of the LC of the RM, depending on the seriousness of the offense committed by the employee, the employer is entitled to organize a disciplinary investigation, the duration of which may not exceed one month. During the investigation, the employee has the right to explain his/her attitude and to present to the person in charge of carrying out the investigation all the proofs and justification he/she deems necessary. This legislative text creates a problem related to the legal qualification of the employee's refusal to participate in the disciplinary investigation.

In this respect, we think that the employee's refusal to participate in the disciplinary investigation cannot, in any case, be recognized as a violation of the labour discipline, since the purpose of such an investigation is to create another guarantee of the employee's right of defense. It is also noteworthy that according to art. 208 para. (2) of the LC of the RM, the employee *has the right* (not the obligation) to explain his/her attitude and to present to the person in charge of carrying out the investigation all the proofs and justification he/she deems necessary.

If the employee does not express the wish to participate in the investigation (presentation of proofs, explanation of the attitude), the employer has the right to draft (in the presence of the employees' representative) the minutes on the refusal of the employee to participate in the investigation. Taking as a basis the provisions of art. 206 para. (5) of the LC of the RM, we conclude that this act can be taken into account at the stage of *individualizing the disciplinary sanction* to be applied to the employee.

Regarding the legal qualification of the employee's refusal to attend the disciplinary hearing arranged by the employer in order to carry out the preliminary disciplinary investigation, in the Romanian doctrine two diametrically opposed views have been

put forward. According to the first opinion¹, it is considered that, starting from the fact that the preliminary disciplinary investigation is a guarantee of the employee's right of defense, it is inconceivable that he will be sanctioned if he refuses to attend the disciplinary hearing. At the same time, it was mentioned that the failure to attend the disciplinary hearing is actually convenient for the employer. Moreover, the provisions of art. 7 of the ILO Convention no. 158/1982 «Concerning the termination of employment at the initiative of the employer» stipulate that the employee should be given the opportunity to defend himself/herself, which presumes the existence of a right rather than an obligation.

According to the second opinion, it is considered that the unjustified refusal of the employee to attend the disciplinary hearing shall be seen as a disciplinary offense (distinct from the offence for which the employee was invited to the hearing)². At the same time, we underline the fact that such a legal assessment of the employee's unjustified refusal to attend the preliminary disciplinary investigation has some nuances: thus, one of the Romanian doctrinaire states that although giving the employee the possibility to defend himself does not impose an obligation on him (but a right), yet such a guarantee can not be seen as a removal of the authority (subordination) relationship of the employee to the employer³. The unjustified refusal of the employee to attend the hearing constitutes a distinct disciplinary offense on the ground that «Only the formulation of defense is a right, while attending the hearing is an obligation»⁴.

3) *Issuing the order (command, decision, act) of disciplinary sanction.* Applying the disciplinary sanction is materialized in the formulation and issuance of a sanctioning act.

In accordance with art. 210 para. (1) of the LC of the RM, the disciplinary sanction shall be enforced by an order (command, decision, act), in which shall be mandatorily indicated: a) the factual and legal grounds for the application of the sanction; b) the term within which the sanction may be challenged; c) the body where the sanction may be challenged.

There are similar provisions in the Romanian legislation (art. 252 para. (2) of the

¹ See: S. Duicu, *The ungrounded refusal of the employee to attend the disciplinary hearing for the preliminary disciplinary investigation may itself constitute a disciplinary offense.* In: Law no. 9/2004, pp. 84-85; O. Tinca, *About the preliminary disciplinary investigation.* In: Romanian review of Labor Law no. 1/2006, p. 40; C. Gilca, *The effects of the unjustified refusal of the employee to attend the preliminary disciplinary hearing investigation (I).* In: Law no. 8/2005, pp. 116-122.

² See in this respect: Alexandru Ticlea, *Omissions of the Labor Code.* In: Romanian Review of Labor Law no. 4/2003, pp. 76-80; I.T. Stefanescu, *The Effects of the unjustified refusal of the employee to attend the preliminary disciplinary investigation.* In: Law no. 1/2005, pp. 76-80; S. Beligradeanu, *The effects of the unjustified refusal of the employee to attend the preliminary disciplinary investigation (II).* In: Law no. 8/2005, pp. 122-133.

³ Ion Traian Stefanescu, *Theoretical and Practical Treaty of Labor Law*, Second edition, revised and expanded, Bucharest, Universul Juridic, 2012, p. 747.

⁴ See: Ion Traian Stefanescu, *Treaty of Labor Law*, Bucharest, Wolters Kluwer, 2007, p. 461; Ion Traian Stefanescu, *op. cit.*, 2012, p. 747.

Romanian Labor Code¹). Therefore, if the order of disciplinary dismissal does not mention the term and the competent court where the sanction may be challenged, this decision is hit by absolute nullity. In such a situation, the breach of a legal provision established for the protection of a general interest could be invoked on the ground that «failure to indicate the competent court and the term within which the decision for dismissal may be challenged could undermine the employee's right to address the court»².

With regard to these provisions, the Romanian doctrinaires questioned whether the cause of nullity of a decision on disciplinary dismissal (which is fraudulently formulated without specifying the term and the competent court where the sanction may be challenged) shall be covered or not if the employee goes to the competent court within the statutory term limit for challenging such decisions. Taking into account the provisions of art. 252 para. (2) of the Labor Code of Romania, the sanction applicable in such situations shall result in the absolute nullity of the decision issued, which fact leads to the impossibility of remedying or covering it.

By addressing the issue from another aspect, it was stated in the doctrine that, in essence, the nullity of the act concluded without respecting the legal conditions relating to the competent court and the term within which the decision may be challenged is not justified. «Thus, a person has the right to invoke the nullity when the null act has affected his right or interest. If the dismissal decision did not specify the term within which the decision may be challenged and / or the competent court to hear the conflict of rights, and yet the contestant appeals against the decision in due time and to the competent court, it is beyond doubt that no right or interest has been affected. As a consequence, invoking the nullity of the decision in such a situation is not justified»³.

We are of the opinion that the declaration of absolute nullity of the decision of disciplinary dismissal when the decision in question does not contain the term and the court where it can be challenged is not reasonable, and the employee may be given the opportunity to use the right of recourse. Moreover, such a legislative solution seems less inspired in the light of the fact that labor law and civil procedure law expressly provide for the terms of appeal and the competent court to examine labor disputes challenging orders (command, decision, act) of disciplinary sanction. All we have to do is to refer to the Latin adage – *Nemo censetur ignorare legem* – «Nobody is thought to be ignorant of the law»⁴.

4) *Communicating the order (command, decision, act) of disciplinary dismissal.*

¹ Republished in: Official Monitor of Romania, 18.05.2011, nr. 345.

² Magda Volonciu, *Absolute and relative nullity in labor law*. In: Romanian Review of labour law nr. 2/2005, p. 59.

³ *Ibidem*, p. 60.

⁴ According to this principle, all people are presumed to know the law and cannot defend themselves by invoking their ignorance or misconception. See: Lucian Sauleanu, Sebastian Raduletu, *Latin Legal Expression Dictionary*, Bucharest, C.H. Beck, 2007, p. 215-216.

Taking into account the provisions of art. 210 para. (2), 206 para (1) let. d), 81 para. (3) of the LC of the RM, the order (command, decision, act) of disciplinary dismissal shall be communicated to the employee under signature, at the latest on the date of dismissal, unless the employee does not work until the day of dismissal (unmotivated absence from work, deprivation of liberty, etc.).

Communication of the order (command, decision, act) of disciplinary dismissal produces a major legal effect: from the date of communication of this legal act, a 3-month term for an eventual appeal shall run, as stated in art. 355 para. (1) let. a) of the LC of the RM.

Анастасія Бойко,
*пошукач кафедри цивільно-правових дисциплін,
господарського та трудового права
Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди
(Харків)*

МОЛОДІЖНЕ БЕЗРОБІТТЯ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ

Станом на 1 грудня 2014 року Державна служба зайнятості України констатувала 450,6 тисяч безробітних українців, кожен третій з яких віком до 35 років¹. Показники Державної служби зайнятості України співвідносяться із невтішними показниками Міжнародної організації праці, аналітики якої у доповіді «Глобальні тенденції в сфері зайнятості у 2014 році» зазначили, що рівень безробіття серед молоді у 2013 р. склав 13,1% і це найвищий показник з 2007 р. Чисельність безробітної молоді (у віці 15-24 років) склала 74,5 млн. чол., і помітно перевищує рівень 2007 р. (73,5 млн.)². У змісті Доповіді Міжнародної організації праці «Криза в сфері зайнятості молоді: Час діяти» (2012 р.) зазначається, що труднощі, з якими зіштовхується молодь у перехідний період від навчання до трудової діяльності, часто підтверджуються наступними показниками: зміни у рівнях безробіття серед молоді, що відбуваються згодом; рівень безробіття серед молоді у порівнянні з рівнем безробіття серед дорослого населення; випадки хронічного безробіття серед молоді; частка молодих людей, які не навчаються, не працюють і не проходять професійної підготовки; час, необхідний для одержання першої роботи; тривалість переходу до «стандартної» роботи по закінченні школи або після прийому на перше робоче місце³.

¹ У новий рік без роботи: в Україні зростає молодіжне безробіття. – URL: <http://www.pravda.com.ua/inozmi/deutsche-welle/2014/12/30/7053657/>

² Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery? / International Labour Office. Geneva: ILO. 2014.

³ Кризис в сфере занятости молодежи: Время действовать: Доклад V Международной организации труда. – Женева, Международная конференция труда, 101-я сессия, 2012 г. – С. 7.

Як бачимо, нинішня криза зайнятості молоді поступово підриває віру у те, що перспективи кожного наступного покоління у сфері зайнятості та соціальної реалізації будуть поліпшуватися. Вона також ставить під загрозу принцип рівності можливостей різних поколінь. Тому для науки трудового права в умовах, коли відсутність дієвих юридичних засобів повернення молоді на ринок праця може потягнути за собою системну соціальну катастрофу, виникає потреба звернутись до осмислення правового феномену молодіжного безробіття.

Варто відзначити, що зайнятість і безробіття – це правові та соціально-економічні явища, безпосередньо пов'язані з інтересами та життєдіяльністю людей. Зайнятість і безробіття являють собою відносини з приводу організації і використання праці. Таким чином, це не просто соціально-економічні категорії, а категорії соціально-трудої сфери. Отже, інтереси людей, які вступають у соціально-трудої відносини, не є винятково економічними, вони містять значний соціальний компонент, спрямованість якого може й не збігатися із чисто економічними цілями. Із соціально-економічної точки зору зайнятість, й особливо безробіття, – це категорії особливого типу економіки – ринкової. Вони виражають відносини між найманими працівниками, роботодавцями і державою з приводу здійснення основного, природного права людини – права на працю, реалізації її здатності до праці, причому не тільки в розумінні забезпечення засобів для існування, необхідних для збереження й відтворення самого життя, але й у розумінні реалізації в трудовій діяльності здібностей й якостей людини як особистості. При такому підході несприятливі наслідки безробіття не вичерпуються недостатньо ефективним використанням робочої сили й «недовиробленням» національного продукту. Відповідно, безробіття – це нереалізованість права на працю для частини громадян, це відсутність у частини родин здорової та нормальної матеріальної основи забезпечення необхідних засобів існування і розвитку. Рівень зайнятості та безробіття демонструє чи потрібна людина суспільству, чи вона для суспільства зайва. Оскільки людина не може не бути цінністю для суспільства, то й безробіття, навіть найнезначніше за масштабами, не може бути суспільно корисним¹.

Відповідно, зайнятість молоді – це надійна і стійка можливість заробляти на життя за допомогою вільно обраної продуктивної праці і роботи, а також знайти своє професійне та соціальне місце. Зайнятість є неодмінною умовою і станом соціальної інтегрованості людини, соціальної повноцінності людської особистості. Відповідно у стані безробіття людина позбавлена стійкої можливості заробляти на життя за допомогою вільно обраної продуктивної праці і роботи. Безробіття є чинником і станом соціальної відчуженості людини від суспільства.

¹ Плакся В.И. Безработица: теория и современная российская практика (социально-экономический аспект) / В.И. Плакся. – М. : РАГС. 2004. – С. 12-13.

Слід зауважити, що в основі правового розуміння безробіття не може знаходитись безробіття добровільне, у стані якого знаходиться особа через суб'єктивні причини, які залежать від мотивації носія праці. Таке трактування явища безробіття відповідає тій zasadі правового регулювання зайнятості населення, яке має на меті забезпечити повну, продуктивну і вільно обрану зайнятість для громадян та захистити їх від наслідків вимушеного безробіття, а не створювати роботу чи виплачувати матеріальну допомогу тим особам, які не бажають заповнювати вільні вакансії та не сприйматимуть виплату допомоги із безробіття як тимчасову компенсацію необхідних для життя коштів. В останньому випадку здебільшого мається на увазі аж ніяк не безробіття, а добровільна незайнятість. Міжнародна спільнота, зокрема, МОП та Євростат, асоціює добровільну незайнятість із станом осіб, які не мають роботи і не займаються її пошуками, тобто не можуть бути класифіковані як «зайняті» або «безробітні»¹. Однак, враховуючи специфічне положення молоді на ринку праці, коли добровільна незайнятість спричинена відсутністю умов для працевлаштування, у даному випадку слід говорити про розширення тлумачення правової категорії безробіття відносно її особливого виду – молодіжного безробіття. А з огляду на те, що молодіжне безробіття, як вже відзначалось, є найбільш гострою проблемою, яка виникла у результаті кризи у сфері зайнятості в Україні, варто використовувати даний підхід при визначенні підходящої роботи для громадян, які вперше шукають роботу (які не працювали) і при цьому не мають кваліфікації. Це повністю погоджується з Рекомендацією МОП № 169 «Про політику у галузі зайнятості» (1984 р.) згідно якої проблема забезпечення роботою молоді повинна вирішуватись на основі надання більш широких можливостей одержання професійної освіти, що забезпечувало б конкурентоспроможність при працевлаштуванні, а надалі у процесі праці².

У даному аспекті докладне обговорення питання молодіжного безробіття зайнятості молоді проходило у 2005 році на 93-й Міжнародній конференції праці. У прийнятій на її основі Резолюції МОП «Про зайнятість молоді» відзначається той факт, що занадто багато молодих працівників не мають доступу до гідних робочих місць і зіштовхуються з викликами на ринку праці. Цей факт невтішний ще й тому, що молоді жінки та чоловіки вступають на ринок праці, володіючи цілим рядом переваг, пов'язаними з кращою адаптацією до використання нових комп'ютерних технологій. Для подолання цієї проблеми в інтересах молодих людей треба помножити шляхи, що ведуть до гідної зайнятості, особливо у зв'язку з тим, що молоді працівники являють собою різномірні групи; їх відрізняють різні потреби, різний потенціал і різні очіку-

¹ Eurostat, 1999, Guidelines and table programme for the Community programme of population and housing censuses in 2001, Vol. 1: Guidelines, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg. URL: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6252>

² Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957-1990. Т. П. – Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 2047-2060.

вання. У цих цілях у зазначеній резолюції міститься заклик до комплексного та погодженого підходу, який сполучив би дії, котрі здійснюються на макро- і мікроекономічному рівнях, і вирішував би питання як попиту на робочу силу, так і її пропозиції, а також кількісні і якісні аспекти зайнятості. Резолюція також містить заклик до формування програм соціальних посібників для надання підтримки безробітній молоді або молодих людей, зайнятих на умовах неповного робочого часу; застосуванню заходів, що забезпечують можливість для молодих людей, зайнятих у неформальній економіці, здійснювати перехід у реальний сектор економіки; і застосуванню термінових заходів, щоб ширше залучати молодих працівників, організації працівників, а також роботодавців молодих працівників і їх організації до розробки, здійснення та моніторингу політики і програм забезпечення ринку праці для молоді. Необхідна активна політика ринку праці, щоб допомагати безробітній молоді знову знаходити роботу та сприяти уразливим категоріям молодих людей¹.

Таким чином, молодіжне безробіття можна визначити як соціально-економічне явище, що характеризується відсутністю в частини громадян віком від 14 до 35 років можливості реалізації своєї здатності до праці, обумовлений особливостями молоді як особливої категорії населення, а також тенденціями розвитку молодіжного ринку праці. Вихід з глухого кута збільшення рівня молодіжного безробіття повинен бути знайдений та сформований у державних програмах, спрямованих на підвищення професійної освіти молоді, її мобільності та здатності відповідати високим конкурентним вимогам, які склалися на ринку.

Катерина Бондарева,

*к.ю.н. доцент кафедри міжнародних відносин
факультету журналістики та міжнародних відносин
Київського національного університету культури і мистецтв
(Київ)*

СПЕЦИФІКА ФУНКЦІОНУВАННЯ І РОЗВИТКУ ПРАВА В ПОЛІТИЧНИХ РЕЖИМАХ ТОТАЛІТАРНОГО ТИПУ

Актуальність звернення до питань трансформації права та його функцій у тоталітарних політичних режимах зумовлюється декількома причинами. Насамперед загальний аналіз функцій права переконливо засвідчує, що процес його впливу на ті чи інші типи суспільних відносин не можна досліджувати у відриві від того, про яку саме державу і про яке суспільство йдеться у тому чи іншому конкретному випадку. Справді, навіть виходячи з найбільш загальної дефініції функцій права як фундаментальної юридичної категорії, сутність

¹ Молодежь: пути к достойному труду (Содействие занятости молодежи – ответ на вызов): Доклад VI Международной организации труда. – Женева, Международная конференция труда, 93-я сессия 2005 г. – С. 55-56.

якої полягає у тому, що вона відображає внутрішньо притаманну праву властивість, яка діяльнісно реалізується і зумовлюється його сутністю як важливого феномена суспільного буття та розкривається як система взаємопов'язаних напрямів його впливу на соціальну реальність, що спричиняється об'єктивно існуючими у державно організованому суспільстві інтересами й потребами¹, не можна сперечатись з тим, що ці функції безпосередньо залежать від того загального державного і суспільного середовища, у якому вони реалізуються. З цього погляду, необхідно наголосити, що функції права у демократичних політичних режимах вже ставали предметом цілого ряду цікавих і змістовних правових розвідок. Натомість специфіка функціонування права у тоталітарних політичних режимах є малодослідженою, що істотно впливає на актуальність та значущість проведення подібних досліджень. Також актуальності вивчення функціонування права у тоталітарних політичних режимах додає й той факт, що до останнього часу тоталітарний режим розглядався переважно як своєрідна «патологія демократії», що автоматично надавало йому другорядного значення. Однак, як засвідчує юридична наука, тоталітарний режим – це цілком специфічна форма взаємодії суспільства і держави, що включає у себе потужну правову складову, яка не може бути витлумачена лише як певне спотворення демократії, або як «недодемократія».² У результаті чого актуалізується питання про характеристику тих правових інститутів, які дозволяють цьому типу політичних режимів зберігати свою стабільність та відтворювати свої ознаки.

Говорячи про зв'язок суспільного середовища і держави – з одного боку, та права – з іншого, слід погодитись з тим, що не тільки право виступає своєрідним «внутрішнім творцем» держави і суспільства, але й саме це право зазнає впливу з боку держави.³ Більше того, у багатьох випадках цей вплив може бути настільки потужним, що він суттєво деформує право, надає йому непритаманних властивостей, перетворює його на інструмент узурпації влади, пригнічення громадян та абсолютизації державного свавілля.⁴ При цьому зовнішньо легальні правові інститути втрачають свою легітимність в очах громадян, що змінює як саме право, так і його функції.⁵ У цьому сенсі вельми важливим та актуальним видається вивчення тих тенденцій в процесі правової інституціоналізації політичних режимів, які дозволяють зафіксувати набуття тим чи іншим політичним режимом небезпечних ознак тоталітарного режиму.

¹ Дроботов С. А. Функції права у розвитку демократичної і правової держави: Монографія / С. А. Дроботов. – К. : Логос, 2012. – С. 35.

² Завьялов Ю. С. Политический аспект идеи тоталитаризма / Ю. С. Завьялов // Власть силы, сила власти. – М. : Юрист, 1996. – С. 73.

³ Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, О.В.Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 154.

⁴ Мушинский В. О. Сумерки тоталитарного сознания / В. О. Мушинский // Государство и право. – 1992. – № 3. – С. 80-81.

⁵ Ковальчук В. Б. Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці : Монографія / В. Б. Ковальчук. – К. : Логос, 2011. – С. 190.

Дійсно, ситуація незбігу легітимності та легальності характерна лише для недемократичних режимів. Але саме це твердження, яке видається незаперечним, змушує більш глибоко аналізувати специфіку розвитку права та правових інститутів, які зрештою стають основою для наукової оцінки та типологізації політичних режимів.

Першою й одночасно фундаментальною трансформацією права в умовах тоталітарних політичних режимів є радикальна зміна його співвідношення з державою. Якщо для всіх інших типів політичних режимів право частково (для авторитарних режимів) або суцільно (для демократичних режимів) височіє над державою і зумовлює спрямованість її діяльності та методи реалізації зазначеної діяльності, то в умовах тоталітарних режимів право стає лише інструментом держави для нав'язування суспільству і людині своєї волі. Зазначене заперечення принципу автономності суспільства і громадянина стало одним з головних аргументів для цілого ряду дослідників щодо невизнання можливостей існування громадянського суспільства в умовах тоталітарних режимів. Через це право втрачає цілий ряд ознак (наприклад, воно вже не може тлумачитись як міра справедливості і свободи), його базові принципи спотворюються, всі функції права концентруються навколо реалізації єдиної мети, а саме – забезпечення інтересів тоталітарної влади.¹ Однак, крім загальної парадигмальної зміни співвідношення в системі «право – держава – суспільство», яка є основою для будь-якого загальнотеоретичного державно-правового аналізу феномена тоталітаризму і тоталітарної держави, розвиток тоталітарних політичних режимів супроводжується формуванням специфічної системи права та правових інститутів, які на нормативному рівні утверджують основи тоталітарної держави.²

Отже, можемо стверджувати, що нормативно-правові засоби та інститути відіграють важливу роль у процесі постання та посилення тоталітарних політичних режимів. Адже завдяки нормативності права, яка застосовується в інтересах тоталітарної держави, ці режими утверджують свої основні властивості, надають їм статусу базисних інститутів державно-правового розвитку. Характерний для тоталітарних режимів процес спотворення функцій права та його сенсу має своєю основою зміну загального способу співвідношення між правом і політикою, коли політика стає не лише творцем, але й джерелом права і правових норм. Цей процес може бути описаний загальним поняттям інструменталізації права, коли останнє вже не є загальносуспільною цінністю, а стає одним з засобів та механізмів насадження та відтворення форм тоталітарної державності. Спираючись на можливості права і правового регу-

¹ Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики / О. В. Скрипнюк. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2000. – С. 25-27.

² *Остроух А. Н.* Джордж Оруэлл о тоталитарном праве / А. Н. Остроух // Ученые записки Кубанского ун-та. – 2003. – Вып. 2. – С. 23-31.

лювання, тоталітарні режими закріплюють на законодавчому рівні інститути монопартійності та ідеологічного монізму, залежності судів та суддів, насилля з боку військових формувань, органів поліції та контрольно-наглядових органів державної влади, спотворюють інститут прав людини через вихолощення його змісту і перетворення прав людини на її обов'язки перед тоталітарною державою.

Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можемо сформулювати наступні висновки. По-перше, нормативно-правові засоби та інститути відіграють важливу роль у процесі постановня та посилення тоталітарних політичних режимів. Адже завдяки нормативності права, яка застосовується в інтересах тоталітарної держави, ці режими утверджують свої основні властивості, надають їм статусу базисних інститутів державно-правового розвитку. По-друге, характерний для тоталітарних режимів процес спотворення функцій права та його сенсу має своєю основою зміну загального способу співвідношення між правом і політикою, коли політика стає не лише творцем, але й джерелом права і правових норм. Цей процес може бути описаний загальним поняттям інструменталізації права, коли останнє вже не є загальносуспільною цінністю, а стає одним з засобів та механізмів насадження та відтворення форм тоталітарної державності. По-третє, спираючись на можливості права і правового регулювання, тоталітарні режими закріплюють на законодавчому рівні інститути монопартійності та ідеологічного монізму, залежності судів та суддів, насилля з боку військових формувань, органів поліції та контрольно-наглядових органів державної влади, спотворюють інститут прав людини через вихолощення його змісту і перетворення прав людини на її обов'язки перед тоталітарною державою.

Разом з тим, варто наголосити, що подальші юридичні студії специфіки правової інституціоналізації тоталітарних політичних режимів становлять актуальний і важливий напрям сучасних досліджень в галузі теорії держави і права, адже вони дозволяють істотно удосконалити існуючу методологічну базу вивчення правових аспектів формування і розвитку різних типів політичних режимів.

Марина Бондаренко,
*помічник судді Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
(Київ)*

ПРО ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 321 КК УКРАЇНИ

Предметом злочину, передбаченого ст. 321 КК України, можуть бути: отруйні речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами; сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх ана-

логами; отруйні лікарські засоби; сильнодіючі лікарські засоби; обладнання, призначене для виробництва чи виготовлення отруйних або сильнодіючих речовин, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів.

На законодавчому рівні відсутнє визначення поняття «отруйні речовини» і «сильнодіючі речовини», немає і чіткого переліку зазначених речовин. Отже, невідомо які з них слід відносити до отруйних, а які – до сильнодіючих речовин. Водночас Перелік небезпечних властивостей та інструкцій щодо контролю за транскордонними перевезеннями небезпечних відходів та їх утилізацією/видаленням, затверджений наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 16 жовтня 2000 р. № 165, містить таке визначення отруйних (сильнодіючих) речовин: це «речовини чи відходи, які, потрапляючи в середину організму через органи дихання, травлення або через шкіру, здатні викликати смерть людини чи справляти на неї сильний негативний вплив» (п. 6.1).

Стосовно законів, в яких згадуються отруйні (сильнодіючі) речовини, то слід зазначити, що в них встановлені лише певні обмеження щодо транспортування, заборони продажу, певні правила поведінки з ними тощо.

У Юридичній енциклопедії наведено визначення сукупного поняття «отруйні (сильнодіючі) речовини», що відповідає визначенню, передбаченому п. 6.1 згаданого Переліку Міністерства екології та природних ресурсів України.

За відсутності законодавчого визначення аналізованих понять можливим є звернення до відповідних науково-практичних коментарів Кримінального кодексу України.

У науково-практичному коментарі за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка міститься така інформація. *Отруйні речовини* – це отрути, токсини, які, потрапляючи всередину організму людини через органи дихання, травлення або через шкіру, здатні викликати смерть людини або психоневрологічний розлад, порушення дихання чи функції серцево-судинної системи, ураження нирок (нефропатію) чи печінки (гепатопатію) тощо. Вони можуть бути мінерального, рослинного, тваринного або змішаного чи штучного (хімічного) походження. *Сильнодіючі речовини* – це лікарські, побутові, промислові та інші хімічні речовини, здатні своїм впливом на живий організм заподіяти йому шкоди.

В іншому виданні, за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея, під *отруйними речовинами (отрутами)* розуміються речовини рослинного, тваринного і мінерального походження або продукти хімічного синтезу у твердому, порошкоподібному чи іншому стані, які за сукупністю притаманних їм властивостей створюють або можуть створити небезпеку для людини, довкілля, тварин і які потребують спеціальних методів, умов і засобів поведінки з ними, оскільки їх потраплення в організм людини навіть у незначних дозах викликає тяжке отруєння (гостре чи хронічне) або смерть. За своїм призначенням та особливостями використання отруйні речовини поділяються на: медичні отрути, що використовуються хімфармпідприємствами під час виготовлення

отрутовмісних лікарських засобів; професійні отрути, що використовуються у хімічній промисловості та в інших виробничих процесах; бойові отруйні речовини. *Сильнодіючі речовини* (синтетичного або природного походження, в тому числі рослини) поділяють залежно від сфери їх застосування на сильнодіючі лікарські засоби та інші речовини, що використовуються у хімічній та інших галузях промисловості.

Головною відмінністю між наведеними визначеннями є те, що в одному випадку зосереджено увагу на їх небезпеці та наслідках впливу, в іншому – більше уваги приділено їх можливій класифікації за призначенням та особливостями.

Вивчення та узагальнення нами матеріалів судової практики щодо засудження осіб за незаконні дії з отруйними чи сильнодіючими речовинами свідчить, зокрема, що предметом аналізованого злочину за ст. 321 КК України були такі речовини: ртуть металева (найбільша кількість постановлених вироків); хімічні речовини (сполуки кадмія (кадмія сульфід), сполуки нікелю (нікелю оксид), соляна кислота, азотна кислота, натрій карбонат, гідроксид натрію – каустична сода, нікель сульфат (нікель сірчанокислий), нікель хлорид, нітрит натрію, оксид ртуті, метанол, неорганічна сполука кадмію, карбофос, кадмій та ін.); препарати, що містять отруйні речовини та належать до групи отрутохімікатів (сільськогосподарського призначення та ін.).

Для встановлення предмета злочину – речовини отруйної або сильнодіючої, останні ідентифікуються судами у вироків за висновками проведених хімічних, фармацевтичних, токсикологічних й інших експертиз. При цьому суди також посилаються на відповідні нормативно-правові акти Міністерства охорони здоров'я України, Кабінету Міністрів України щодо транспортування небезпечних вантажів, про порядок утилізації небезпечних відходів тощо.

У кримінальних провадженнях даної категорії обов'язковим є проведення відповідної експертизи, хоча нерідко вирокі ухвалюються без проведення таких експертиз (або без посилання на них) – головним чином у провадженнях, де предметом злочину була ртуть, із формулюванням обвинувачення, наприклад, у такому вигляді – «достовірно знаючи про те, що металева ртуть, є токсичним металом».¹

Також трапляються випадки, коли поняття «отруйна речовина» та «сильнодіюча речовина» ототожнюють, причому, тоді, коли йдеться про одну й ту саму речовину. Очевидно, є підстави стверджувати про наявність різних властивостей і відповідно – про різний вплив на організм людини отруйних і сильнодіючих речовин, що свідчить про недопустимість їх ототожнення.

Розглянута невизначеність стосовно розуміння отруйних і сильнодіючих речовин не стосується лікарських засобів.

¹ Вирок Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 20 лютого 2013 року // Єдиний державний реєстр судових рішень. – URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36918036>

Статтею 2 Закону України «Про лікарські засоби» встановлено, що *отруйні лікарські засоби* – це лікарські засоби, віднесені до отруйних центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я; *сильнодіючі лікарські засоби* – це лікарські засоби, віднесені до сильнодіючих центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я.¹

Між іншим, на відміну від терміна «лікарський засіб», що використовується в українському законодавстві, у міжнародно-правовому акті – Конвенції Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я, від 28 жовтня 2011 р.², використовується термін «лікарський препарат»; він означає лікарські засоби для людського та ветеринарного використання.³

Видається доцільним застосовувати термін «лікарський препарат» замість слів «лікарський засіб», оскільки засобом є те, що служить знаряддям у якій-небудь дії, справі;⁴ препаратом же є хімічний або фармацевтичний продукт лабораторного чи фабричного виготовлення.⁵

З приводу *обладнання, призначеного для виробництва і виготовлення отруйних чи сильнодіючих речовин, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів*: законодавцем взагалі не конкретизовано, що може бути до нього віднесено, у цьому аспекті констатуємо також відсутність підзаконних нормативно-правових актів, які б містили необхідні роз'яснення. Науковці вважають, що таким обладнанням можуть бути будь-які інструменти, прилади, механізми.

Не дає відповіді на це питання і судова практика. За даними Єдиного реєстру судових рішень, є постановлений вирок щодо осіб за злочин, пов'язаний із виготовленням сильнодіючих лікарських засобів на виробничих потужностях відповідного підприємства.⁶

У підсумку доходимо таких висновків: 1. Насправді, під обладнанням для

¹ Про лікарські засоби : Закон України від 04.04.1996 № 123/96-ВР // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/123/96-%D0%B2%D1%80>

² Закон України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я : Закон України від 07.06.2012 № 4908-VI // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4908-17>

³ Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я від 28 жовтня 2011 року. // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_a91

⁴ Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І.К. Білодіда. – К.: Наукова думка, 1970–1980. – Т. 8. – С. 307. // URL: <http://ukrlit.org/sloynyk/%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%BF%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%82>

⁵ Там само, С. 538. URL: <http://ukrlit.org/sloynyk/%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%BF%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%82>

⁶ Вирок Печерського районного суду м. Києва від 1 червня 2011 року // Єдиний державний реєстр судових рішень. – URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16397562>

виробництва можна розуміти будь-яке виробниче устаткування, тобто обладнанням для виготовлення речовин можуть бути будь-які засоби, приладдя, емності тощо. 2. Можна стверджувати, що законодавець необґрунтовано розширив предмет злочину шляхом виокремлення з родового поняття «отруйна чи сильнодіюча речовина» таку складову, як «отруйний чи сильнодіючий лікарський засіб». 3. Потребує з'ясування правильності вживання терміна «лікарський засіб» замість «лікарський препарат». Видається коректним оперування останнім, оскільки саме він вживається у відповідному міжнародно-правовому акті, згоду на ратифікацію якого дано Верховною Радою України. 4. Потребують законодавчої визначеності поняття «отруйна речовина» і «сильнодіюча речовина», а також розробки відповідного Переліку зазначених речовин – головним чином формулювання критеріїв їх класифікації, за якими слід оцінювати небезпеку протиправних дій з ними. 5. З урахуванням наведеного, вбачаємо перспективним вивчення судово-експертної практики з питань методики дослідження властивостей відповідних засобів і речовин, що належать до предмета аналізованого складу злочину.

Катерина Бориченко,

*к.ю.н., доцент кафедри трудового права та
права соціального забезпечення*

*Національного університету «Одеська юридична академія»
(Одеса)*

ПРАВО НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ У СИСТЕМІ СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

У сучасних умовах розвитку українського суспільства створення та функціонування ефективного механізму забезпечення права на соціальний захист набуває особливої актуальності. Дана обставина зумовлена тим, що досліджуване суб'єктивне право особистості є логічним продовженням права на життя, оскільки за часту опинившись у станах матеріальної незабезпеченості та/або соціального неблагополуччя, зумовлених соціальним ризиком, без забезпечення ефективних заходів соціального захисту належний рівень життя людини неможливий.

Як визначено у юридичному словнику саме спрямування права на забезпечення людині належного рівня життя є визначальною ознакою соціальних прав людини¹.

Як стверджує О.Ф. Скакун, соціальні права людини це можливості (свободи) особистості вільно розпоряджатися своєю робочою силою, використовувати її самостійно або згідно з трудовим договором, тобто право на вільну працю (вибір виду діяльності, нешкідливі умови праці, гарантований міні-

¹ Румянцев О.Г., Додонов В.Н. Юридический энциклопедический словарь. – М., 1997. – С. 230.

мальний розмір заробітної плати тощо), право на соціальне забезпечення, відпочинок, освіту, гідний рівень життя тощо¹.

Тим не менше, проводячи характеристику соціальних прав людини науковець надає лише перелік основних соціальних прав людини не визначаючи їх правову природу, без вказівки на їх особливості. З урахуванням вищевикладеного цілком обґрунтовано видається позиція П. Рабіновича, який визначає соціальні права особистості як певні можливості людини, які необхідні для її існування та розвитку у конкретно історичних умовах, зумовлюються досягнутим рівнем розвитку людства та мають бути загальними, рівними для всіх людей².

Виходячи з такого розуміння соціальних прав людини та з урахуванням механізму їх забезпечення у сучасній Україні можна визначити їх особливості до яких належать: відсутність одноманітного теоретичного обґрунтування сутності соціальних прав людини; відсутність чітко визначених гарантій забезпечення соціальних прав; значну декларативність соціальних прав, закріплених у нормативно-правових актах України; наявність нечітких, оціночних формулювань при визначенні змісту соціальних прав у законодавстві (достатній життєвий рівень, максимальне сприяння тощо); мінімальну забезпеченість соціальних прав економічними чинниками; обмеження здійснення соціальних прав наявним рівнем розвитку суспільства; спрямованість на забезпечення належного рівня життя людини.

З урахуванням вищевикладеного можна з упевненістю говорити про те, що право на соціальний захист належить до соціальних прав людини, механізм забезпечення яких розроблений для створення умов гідного життя кожної особистості, створення умов для підтримки і розвитку людської сутності.

Соціальна природа досліджуваного права також зумовлена тим, що воно здійснюється суб'єктами соціально-забезпечувальних правовідносин і його реалізація урегульована нормами права соціального забезпечення.

Варто відзначити, що право на соціальний захист є комплексним суб'єктивним правом особистості, яке об'єднує в собі певну сукупність взаємопов'язаних та взаємозумовлених суб'єктивних прав, спрямованих на задоволення інтересу управомоченого суб'єкта, зокрема: право на пенсійне забезпечення, право на державну соціальну допомогу, право на соціальне обслуговування, право на соціальні пільги і т.д. Кожне з вищеперерахованих прав та право на соціальний захист в цілому спрямоване на задоволення інтересу особистості на отримання конкретних матеріальних благ та/або комплексу нематеріальних заходів (видів соціального захисту) з метою подолання чи пом'якшення несприятливих наслідків соціальних ризиків або адаптації до нових умов життєдіяльності особи

¹ Скакун О. Ф. Теория государства и права. – Х., 2000. – С. 196

² Рабінович П. Межі прав людини (деякі питання загальної теорії) // Український часопис прав людини. – 1997. – № 3–4. – С. 16

чи сім'ї та забезпечення належного рівня життя не нижче прожиткового мінімуму.

У той же час, варто зазначити, що у системі прав людини право на соціальний захист не є відособленим утворенням. Воно тісно взаємопов'язано з іншими соціальними правами особистості, такими як право на працю, право на охорону здоров'я, право на освіту тощо. Визначені та деякі інші соціальні права тісно переплітаються у процесі здійснення права на соціальний захист, що є наслідком відсутності в Україні доктрини соціального захисту. Вищевказане проявляється у відсутності на законодавчому рівні закріплення поняття «соціальний захист», його організаційно-правових форм та видів, внаслідок чого досить часто, наприклад, реалізація права на охорону здоров'я фактично включається у зміст соціального забезпечення, оскільки останнє передбачає надання медичної допомоги та здійснення медичного страхування.

Тісний зв'язок право на соціальний захист має з правом на працю, оскільки передумовою виникнення права на соціальний захист шляхом матеріального забезпечення або надання соціальних послуг у системі загальнообов'язкового державного соціального страхування є реалізація особою своєї здатності до праці на підставі трудового договору, шляхом самозайнятості тощо та набуття протягом трудової діяльності страхового стажу. Крім того гідний рівень винагороди за працю або іншого доходу дає можливість особі працездатного віку бути незалежною від держави у забезпеченні себе та своєї сім'ї житлом, одягом, продуктами харчування, зменшити ймовірність звернення такої особи до уповноважених суб'єктів у сфері соціального захисту з метою отримання відповідних соціальних виплат та нематеріальних заходів, а у випадку виникнення такої потреби забезпечення видами соціального захисту на досить високому рівні.

Взаємопов'язані між собою також право на соціальний захист та право на житло, що гарантоване статтею 47 Конституції України. Відповідно до Основного закону нашої держави громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату. Дане положення Конституції України реалізується шляхом надання таким особам місць у соціальних гуртожитках чи соціальних готелях, будинках нічного перебування, а також надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та самотнім молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла тощо.

Реалізація права на соціальний захист також пов'язана з отримання освітніх послуг, що є способом здійснення права на освіту. Досить багато науковців доходять висновку, що відносини щодо безоплатного надання освітніх послуг у державних та комунальних освітніх закладах, у тому числі дошкільної освіти, належать до предмета права соціального забезпечення, оскільки є соціально-забезпечувальними, тобто правовідносинами у яких реалізується право на соціальний захист, що виникає у особи у зв'язку з настанням несприятливих наслідків соціальних ризиків. Однак, на нашу думку, про взаємозв'язок права

на соціальний захист та права на освіту можна говорити лише щодо надання соціальних освітніх пільг при вступі, зарахуванні до навчальних закладів, якими можуть скористатися діти та особи з інвалідністю, діти-сироти, діти осіб, учасників антитерористичної операції і т.д., а також щодо призначення соціальних стипендій визначеним законодавством категоріям осіб.

Таким чином, право на соціальний захист є соціальним правом особистості, що реалізується з метою забезпечення належного рівня життя особам або сім'ям, які опинилися у станах матеріальної незабезпеченості та/або соціального неблагополуччя, спричинених соціальним ризиком. Дане право не є відособленою можливістю людини скористатися заходами соціального захисту, а тісно переплітається з іншими соціальними правами, такими як право на працю, право на медичну допомогу, право на освіту тощо та частіше за все реалізується у ситуації, коли особа не може на рівних умовах здійснити певні права у зв'язку з об'єктивними несприятливими наслідками соціальних ризиків.

Володимир Бурак,

*к.ю.н., доцент кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів)*

ПЕНСІЙНА РЕФОРМА ПРО ВИПЛАТИ ОСОБАМ, ЯКІ НЕ МАЮТЬ ПРАВА НА ПЕНСІЮ

Відповідно до закону України «Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю» особами, які не мають права на пенсію є дитина померлого годувальника (у тому числі народжена до спливу 10 місяців з дня смерті годувальника), який на день смерті не мав страхового стажу, необхідного для призначення пенсії для особи з інвалідністю III групи (далі – дитина померлого годувальника), особа, яка досягла 65 років та не має права на пенсію відповідно до закону. До осіб, які не мають права на пенсію також належать жінки до досягнення 65-річного віку 1960 року народження і старші після досягнення ними такого віку визначеного законом.

Законом визначено два види допомоги:

- державна соціальна допомога особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю;
- державна соціальна допомога на догляд.

Право на ці види допомог мають громадяни України, які є дітьми померлого годувальника або досягли зазначеного віку і не мають права на пенсію, або є особами з інвалідністю і не мають права на пенсію по інвалідності або державну допомогу у зв'язку з інвалідністю та постійно проживають на території України.

Державна соціальна допомога особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю призначається при наявності наступних умов:

– особа є дитиною померлого годувальника або досягла віку, встановленого Законом, та не має права отримувати у зв'язку з цим пенсію відповідно до закону, або визнана особою з інвалідністю;

– відсутність у особи права на страхову пенсію відповідно до закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», права на пенсію передбачену спеціальними законами, або на інші виплати, що призначаються для відшкодування шкоди, заподіяної ушкодженням здоров'я на виробництві, передбачені Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування»;

– малозабезпеченість особи, тобто середньомісячний сукупний дохід її з незалежних причин є нижчим від прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність на відповідний рік (крім осіб з інвалідністю I групи та дітей померлого годувальника);

– або є особою з інвалідністю I групи.

Державна соціальна допомога особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю і державна соціальна допомога на догляд призначаються з дня звернення за допомогою.

Державна соціальна допомога особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю і державна соціальна допомога на догляд призначаються:

особам, які досягли віку, встановленого Законом, – довічно;

особам з інвалідністю – на весь час інвалідності, встановленої органами медико-соціальної експертизи;

дитині померлого годувальника – до досягнення 18 років.

Дітям померлого годувальника, які навчаються за денною формою навчання державна соціальна допомога призначається до закінчення ними навчальних закладів, але не довше ніж до досягнення 23 років, а дітям-сиротам – до досягнення 23 років незалежно від того, навчаються вони чи ні.

Розмір державної соціальної допомоги особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю встановлюється виходячи з розміру прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність:

особам з інвалідністю I групи, жінкам, яким присвоєно звання «Матері-героїня», на одну дитину померлого годувальника – 100 відсотків, на двох дітей – 120 відсотків, на трьох і більше дітей – 150 відсотків;

особам з інвалідністю II групи – 80 відсотків;

особа з інвалідністю III групи – 60 відсотків;

священнослужителям, церковнослужителям та особам, які протягом не менше десяти років до введення в дію Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» займали виборні або за призначенням посади у релігійних організаціях, офіційно визнаних в Україні та легалізованих згідно з зако-

нодавством України, за наявності архівних документів відповідних державних органів та релігійних організацій або показань свідків, які підтверджують факт такої роботи, – 50 відсотків;

особам, які досягли віку, встановленого Законом – 30 відсотків.

Потрібно зазначити, що державні соціальні допомоги, призначені відповідно до закону України «Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію, та інвалідам», з 1 жовтня 2017 року перераховуються на період до встановлення розміру прожиткового мінімуму, який буде більшим за розмір, встановлений на 1 грудня 2017 року та збільшений на 79 гривень. Ці допомоги призначаються з використанням розміру прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, встановленого на 1 грудня 2017 року Законом України «Про Державний бюджет України на 2017 рік», збільшеного на 79 гривень. Зазначимо, що з 1 грудня 2017 р. законом «Про державний бюджет» прожитковий мінімум для осіб, які втратили працездатність встановлений у розмірі 1373 грн., а з врахуванням збільшення його на 79 грн. становитиме 1452 грн.

Державна соціальна допомога особам з інвалідністю з дитинства та дітям з інвалідністю, особам, які не мають права на пенсію (з урахуванням надбавок, підвищень, додаткової пенсії, цільової грошової допомоги, індексації та інших доплат до пенсії, встановлених законодавством (крім пенсії за особливі заслуги перед Україною), перераховані з 1 жовтня 2017 року, а також ті, що призначатимуться після 1 жовтня 2017 р., встановлюються у розмірі не меншому за розмір прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, встановлений на 1 грудня 2017 року Законом України «Про Державний бюджет України на 2017 рік», а в разі збільшення після 1 грудня 2017 року прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, – за розмір прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, встановлений законом.

Державна соціальна допомога особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю і державна соціальна допомога на догляд одиноким малозабезпеченим особам, які за висновком лікарсько-консультативної комісії потребують постійного стороннього догляду і одержують пенсію за віком або за вислугу років чи по інвалідності (крім осіб з інвалідністю I групи); малозабезпеченим особам з інвалідністю I групи, які одержують пенсію за віком або за вислугу років чи по інвалідності призначається відповідними структурними підрозділами місцевих державних адміністрацій.

Державна соціальна допомога на догляд особам з інвалідністю внаслідок війни з числа військовослужбовців та інших осіб, яким призначено пенсії по інвалідності відповідно до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб»: а) особам з інвалідністю I групи; б) особам з інвалідністю II групи, які є одинокими та за висновком лікарсько-консультативної комісії потребують постійного стороннього догляду;

ПРАВОВА РЕФОРМА: КОНЦЕПЦІЯ, МЕТА, ВПРОВАДЖЕННЯ

в) особам з інвалідністю III групи, які є саодинокими та за висновком лікарсько-консультативної комісії потребують постійного стороннього догляду;

2) особам, які належать до осіб з інвалідністю внаслідок війни відповідно до статті 7 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» та одержують пенсії за віком, по інвалідності або за вислугу років:

а) особам з інвалідністю I групи; б) особам з інвалідністю II і III груп, які є саодинокими і за висновком лікарсько-консультативної комісії потребують постійного стороннього догляду;

3) особам, яким призначено пенсії за вислугу років відповідно до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» і які є особами з інвалідністю I групи, або є саодинокими пенсіонерами і за висновком лікарсько-консультативної комісії потребують догляду призначається органами, що призначають пенсії.

Призначення і виплата державної соціальної допомоги особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю здійснюються відповідно до Порядку призначення і виплати державної соціальної допомоги особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю і державної соціальної допомоги на догляд, який затверджений Кабінетом Міністрів України 2 квітня 2005 р. № 261.

Пенсійною реформою визначено ще один вид допомоги – тимчасова державна соціальна допомога непрацюючій особі, яка досягла загального пенсійного віку, але не набула права на пенсійну виплату.

Така допомога призначатиметься лише в період з 1 січня 2018 року по 31 грудня 2020 року особам, які досягли загального пенсійного віку, та не набули страхового стажу, передбаченого законом «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», за умови наявності у них не менше 15 років страхового стажу.

Така тимчасова державна соціальна допомога призначається органами соціального захисту населення і виплачується до досягнення такими особами віку, з якого вони набувають право на призначення пенсії.

Тимчасова державна соціальна допомога непрацюючій особі, яка досягла загального пенсійного віку, але не набула права на пенсійну виплату, призначається з урахуванням її майнового стану та середньомісячного сукупного доходу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, і виплачується за рахунок коштів державного бюджету.

ПРАВО ОСІБ, ЯКІ ПОСТРАЖДАЛИ ВНАСЛІДОК НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ НА ВИРОБНИЦТВІ ЧИ ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ НА РЕАБІЛІТАЦІЮ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

Нещасний випадок на підприємстві може статися з кожним працюючим, не залежно від статі, віку, матеріального забезпечення та соціального стану, і кожний потерпілий працівник при настанні трудового каліцтва чи професійного захворювання має відчутти себе соціально захищеним. Така соціальна захищеність з боку держави, насамперед, надає можливість потерпілому відновити чи покращити стан здоров'я, надалі реалізовуватись в обраному напрямі трудової діяльності або у новому та бути забезпеченим необхідними засобами для гідного життя.

Оскільки існуючі на виробництві ризики створюють небезпеку не лише для працівника, а й для суспільства в цілому, то останнє також зацікавлене у збереженні здібностей і трудових навичок працівника¹. Адже за рахунок виробничого травматизму і професійних захворювань збільшується чисельність осіб з обмеженими можливостями, що негативно позначається, насамперед на ринку праці.

Станом на сьогодні особи, які постраждали внаслідок нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання, мають право на численні види виплат, допомог, послуг у сфері соціального забезпечення (розмір, доступність, якість чи порядок надання яких, у більшості випадках, аж ніяк не сприяє забезпеченню гідного рівня життя потерпілих). Тому питання вдосконалення системи соціального забезпечення осіб, які постраждали внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання, продовжує залишатися актуальним та невирішеним.

Згідно чинного законодавства, особи, що постраждали внаслідок нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання, мають право на реабілітацію. Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» закріплює за потерпілим право на компенсацію вартості придбаних ним інструментів, протезів, пристосувань, та інших необхідних витрат, пов'язаних з його професійною підготовкою (виплати здійснюються Фон-

¹ Тулай О.І. Суспільна роль соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань /О.І.Тулай // Вісник ОНУ імені І.І.Мечникова. – 2016. Т. 21. Вип 7-2 (49). – С. 151-155.

дом соціального страхування)¹. Більш детально зміст цього права викладено у Законі України «Про реабілітацію інвалідів в Україні», в якому вказано, що грошові компенсації потерпілим (що набули статусу особи з інвалідністю, дитини-інваліда) виплачуються у випадках, коли засіб або послуга реабілітації, які повинні бути надані безоплатно, не можуть бути надані чи якщо особа з інвалідністю (законний представник дитини-інваліда) придбав відповідний засіб або оплатив послугу за власний рахунок².

Проте якщо в Законі України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» передбачено право особи на компенсацію вартості придбаних нею технічних чи інших засобів реабілітації, то у Постанові Правління Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України від 25 березня 2008 року № 23, що визначає порядок забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації потерпілих внаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання і є актом спеціальної дії, таке право не зазначено³.

Із змісту статті 27 Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» можна зробити висновок, що потерпілому буде відшкодована вартість придбаних ним самостійно засобів реабілітації у повному обсязі, проте це не завжди так. Розміри грошових компенсацій визначаються відповідно до вартості технічних та інших засобів та/або послуг реабілітації, виробів медичного призначення, які повинні бути надані безоплатно або на пільгових умовах згідно з Державною типовою програмою реабілітації інвалідів.

Наказом Міністерства соціальної політики від 29 січня 2016 року № 59 «Про організацію забезпечення окремих категорій населення технічними та іншими засобами реабілітації» (на виконання Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні») затверджено граничні ціни на технічні та інші засоби реабілітації для осіб з інвалідністю, дітей з інвалідністю та інших окремих категорій населення⁴. Іншими словами, якщо вартість придбаного потерпілим технічного чи іншого засобу реабілітації перевищує граничну вартість,

¹ Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 23.09.1999 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1105-14>

² Закон України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» від 06.10.2005 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2961-15>

³ Постанова Правління Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України «Про затвердження Положення про забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації потерпілих унаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання» від 25 березня 2008 року № 23 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0545-08>

⁴ Наказ Міністерства соціальної політики «Про організацію забезпечення окремих категорій населення технічними та іншими засобами реабілітації» від 29 січня 2016 року № 59 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0257-16>

затверджену Міністерством соціальної політики, то різниця між фактично сплаченими коштами і граничною вартістю відшкодуванню не підлягає.

Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» передбачає також право потерпілого внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання, що став інвалідом, на компенсацію вартості путівки для санаторно-курортного лікування у разі самостійного її придбання, що як і в попередньому випадку компенсується Фондом соціального страхування у розмірі, встановленому правлінням Фонду¹.

В свою чергу у Постанові Правління Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України від 31 жовтня 2007 року № 49 не вказані конкретні розміри такої компенсації чи критерії її розрахунку, а лише зазначається, що у разі самостійного придбання потерпілим путівки до санаторію, з яким укладено договір, її вартість компенсується за ціною путівки, зазначеною в умовах договору з санаторієм. Якщо ж путівку придбано до санаторію, з яким не укладено договір, її вартість компенсується у розмірі не більше вартості путівок у санаторії відповідного профілю². Тобто, якщо потерпілий придбає путівку до санаторію, з яким укладено договір з Фондом соціального страхування, то незрозуміло, йому компенсується її реальна вартість, чи «ціна путівки, що прописана в умовах договору з санаторієм», оскільки із змісту постанови неможливо встановити чи це тотожні поняття, чи ні. До того ж перелік санаторіїв, з якими укладено чи не укладено договори (який, на нашу думку, має бути відкритим і легкодоступним) і погоджена між сторонами ціна путівки відсутні.

Окрім цього, питання відшкодування вартості придбаної санаторно-курортної путівки потерпілим внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання частково регулюється Постановою КМУ від 07 лютого 2007 року № 150. Згідно даної постанови право на компенсацію мають особи, інвалідність яких пов'язана з нещасним випадком на виробництві або професійним захворюванням, але які потребують лікування супутніх захворювань відповідно до медичних рекомендацій.

Грошова компенсація в цьому випадку нараховується і виплачується в таких розмірах: інвалідів I і II групи – 75 відсотків, III групи – 50 відсотків розміру середньої вартості санаторно-курортної путівки, що визначається

¹ Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 23.09.1999 // База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1105-14>

² Постанова Правління Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України «Про затвердження Положення про забезпечення потерпілих внаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання санаторно-курортним лікуванням» від 31 жовтня 2007 року № 49 <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1400-07>

Міністерством соціальної політики¹. Станом на 2017 рік середня (повна) вартість санаторно-курортної путівки була встановлена на рівні 440 гривень² (у 2016 році – 400 гривень.)

Закон України «Про реабілітацію інвалідів», окрім цього, передбачає можливість реабілітації інваліда внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання за кордоном у тому випадку, якщо остання неможлива в Україні, за наявності коштів та відповідного рішення центральних органів виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сферах трудових відносин, соціального захисту населення, охорони здоров'я³. Проте на сьогодні відсутній нормативно-правовий акт, який би врегулював порядок та підстави реабілітації осіб, що постраждали внаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, за кордоном.

Станом на сьогодні лише щодо категорій громадян, які брали участь в антитерористичній операції та /або забезпеченні її проведення передбачена можливість протезування та ортезування за кордоном⁴.

У зв'язку з вище викладеним, можемо зробити висновок, що потерпілі внаслідок нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання не можуть належним чином реалізувати своє право на реабілітацію. Така ситуація насамперед зумовлена недосконалістю законодавства та відсутністю збалансованості між реальними потребами застрахованих осіб та фінансовими можливостями системи. У зв'язку з цим пропонуємо: 1) розробити чіткі критерії розрахунку компенсації у випадку самостійного придбання путівки на санаторно-курортне лікування або вказати суму, що буде відшкодовуватися в залежності від профілю санаторію та з врахуванням реальних цін на санаторно-курортне лікування; 2) підвищити розмір середньої вартості путівки, на підставі якої здійснюється розрахунок компенсації особам, інвалідність яких пов'язана з нещасним випадком на виробництві або професійним

¹ Постанова КМУ «Про затвердження Порядку виплати деяким категоріям інвалідів грошової компенсації замість санаторно-курортної путівки та вартості самостійного санаторно-курортного лікування» від 07 лютого 2007 року № 150 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/150-2007-%D0%BF>

² Наказ Міністерства соціальної політики України «Про встановлення середньої вартості санаторно-курортної путівки для виплати грошової компенсації замість санаторно-курортної путівки та вартості самостійного санаторно-курортного лікування» від 27 березня 2017 року № 475 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0459-17>

³ Закон України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» від 06.10.2005 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2961-15>

⁴ Постанова КМУ «Деякі питання протезування та ортезування виробами підвищеної функціональності за новітніми технологіями та технологіями виготовлення, які відсутні в Україні, окремих категорій громадян, які брали участь в антитерористичній операції та/або забезпеченні її проведення і втратили функціональні можливості кінцівки або кінцівок» від 01 жовтня 2014 року № 518 // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/518-2014-%D0%BF>

захворюванням, але які потребують лікування супутніх захворювань; 3) розробити порядок реабілітації потерпілих внаслідок нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання за кордоном, а саме чітко встановити коли можлива така реабілітація, розміри грошової допомоги на безоплатну реабілітацію, порядок прийняття рішення про реабілітацію за кордоном.

В'ячеслав Васецький,

*к.ю.н., науковий співробітник відділу проблем теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України
(Київ)*

ДЕЯКИ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Основні тенденції розвитку правової системи України, як і будь якої іншої країни, базуються, з одного боку, на приведення національного законодавства у відповідність зі світовими досягненнями в правовій сфері, а з іншого боку, ці тенденції повинні враховувати сучасні потреби країни з урахуванням національних особливостей. Все це свідчить про актуальність проблеми, яку Ю. Шемшученко характеризує так: «До першочергових завдань, що стоять перед вітчизняною юридичною наукою сьогодні, належать завдання методологічного характеру, які поєднують теоретичний вимір проблеми з її практичним значенням. Важливим є також вектор для ефективного правового розвитку, що враховує вимоги, пов'язані з інтеграційними, глобалізаційними зрушеннями та національно-культурними, ментальними особливостями».¹

На думку ряду українських вчених, сучасні тенденції загальнотеоретичної юриспруденції зумовлюють основні напрями вітчизняної правової науки, серед яких одне з основних пов'язане з процесами глобалізації.² На сучасному етапі розвитку правових систем в сфері правозастосування щодо захисту прав і свобод людини важливим напрямом, на наш погляд, є наступні дві проблеми: взаємний вплив романо-германської і англосаксонської правових систем та проблема юридичної відповідальності держави перед людиною у сфері забезпечення та гарантування прав людини.³ Нарешті в сучасній Україні, особливо після відомих подій на рубіжі 2013-2014 років, важливою тенденцією в розвитку правової системи виступають процеси децентралізації. Цій далеко неповний

¹ Шемшученко Ю.С. Вступне слово // Альманах права. Праворозуміння та правореалізація: від теорії до практики. Науково-практичний юридичний журнал. Вип 2. – К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2011. – С. 7. 316 с.

² Філософія права: проблеми та підходи: навч. посіб. / П. М. Рабінович, С.П. Добрянський, Д.А.Гудима, О.В.Гришук та ін. За заг. ред. П. М. Рабіновича. – Л.: юридичний факультет Львівського національного ун-ту ім. Івана Франка, 2005. – 290 с. – С. 21.

³ Васецький В.Ю. Права людини: проблеми модернізації на сучасному етапі / В.Ю. Васецький // «Національна правова система реформування та оновлення». Науково-аналітична доповідь. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2017. – С. 112-124.

перелік разом з тим дає уявлення про найвірогідніші напрями реформування і розвитку правової системи нашої країни. Тому метою роботи є окреслення основних тенденцій розвитку та реформування правової системи України як країни, що належить до романо-германської правової сім'ї.

Основні тенденції сучасного етапу розвитку суспільства пов'язані передусім з процесами глобалізації – всесвітнім процесом, що об'єднує національні утворення в єдину світову систему. Глобалізація передбачає зближення національних правових систем, створення єдиних правових стандартів, які мають першоджерелом насамперед сферу прав людини.

В загальному розумінні під глобалізацією розуміється ростище взаємодія людей в результаті процесу всесвітньої економічної, політичної та культурної інтеграції та уніфікації за счет роста міжнародного потоку денег, ідей, зближення культур різних країн. Глобалізація – это прежде всего экономический процесс, который имеет социальные и культурные аспекты и относится к росту потока товаров, услуг, а также экономических ресурсов капитала, технологий и знаний.¹

Названий процес передбачає застосування у методології, насамперед, системного підходу, структурного та функціонального методів дослідження. Цей методологічний підхід є необхідним інструментом розробки рекомендацій щодо адаптації правової системи України до європейського правового поля.

У зв'язку з змінами в об'єкті й предметі юридичної науки, як зазначає П. Рабінович, уявляється доречним проведення наукових розробок у таких напрямках, як:

- а) загальна теорія національного праводержавознавства,
- б) загальна теорія міжнародного права і міжнародно-державних інституцій (включаючи й міждержавні);
- в) загальна теорія будь-якого права й будь-яких державних утворень.²

Наступним актуальним питанням вбачається аналіз співвідношення природно-правових та державно-правових засад у романо-германській та англосаксонській правових системах, який має базуватися на порівнянні основних ознак цих правових систем. Так, романо-германська правова система побудована на принципах позитивізму, за якими нормативно-правовий акт є основою зовнішньою формою (джерелом) права. Утворена і підтримувана в кожній країні ієрархія нормативно-правових актів має важливе значення для впорядкування процесів правотворчості та правозастосування, створення і підтримки режиму законності та конституційності. В англосаксонській правовій системі, на відміну від романо-германської, основним джерелом права

¹ Albrow M., King E. Globalization, knowledge, and society: readings from International sociology / M. Albrow, E. King. – London: Sage Publications, 1990.

² Філософія права: проблеми та підходи: навч. посіб. / П. М. Рабінович, С.П. Добрянський, Д.А.Гудима, О.В.Гришук та ін. За заг. ред. П. М. Рабіновича. – Л.: юридичний факультет Львівського національного ун-ту ім. Івана Франка, 2005. – С. 25.

виступає судовий прецедент, провідна роль у правотворчості належить судам, на першому місці перебувають не обов'язки, а права людини і громадянина, які захищаються, насамперед, судом.

У сучасних умовах глобалізації спостерігається тенденція зближення правових систем. Традиційні правові інститути романо-германської правової системи зазнають впливу прецедентно-правової судової практики. Водночас спостерігається вплив позитивістської правової системи на прецедентно-правову. Основними причинами сприйняття законодавчих актів правовими системами країн загального права є: необхідність сталого законодавчого врегулювання судового рішення; створення умов, за яких практика судового контролю знаходиться в неупередженості від судових рішень; забезпечення більш ефективного захисту прав людини. Визначальним фактором у цьому процесі є загальнолюдські засади, які відображають рух до визнання людини однією з вищих цінностей цивілізації.

В ряду актуальних питань розвитку правової системи України слід окремо віділити проблему юридичної відповідальності держави перед людиною в області забезпечення її прав і свобод. Н. Оніщенко відмічає, що проблема відповідальності держави перед людиною – це проблема відповідних правовідносин (конституційних, цивільно-правових тощо), в яких держава, проте, має виступати не суб'єктом особливої значущості, а суб'єктом – відповідальною стороною. Це і є правові відносини рівних сторін, в яких держава має ряд переваг перед людиною.¹ Сама постановка питання і її вирішення обумовлені об'єктивними процесами в сучасному світі і найбільш яскраво виявляються у діяльності Європейського суду з прав людини.

Рішення проблеми юридичної відповідальності держави перед людиною по відношенню до захисту прав і свобод людини лежить у з'ясуванні змісту прав людини і громадянина, які відрізняються один від одного. Права людини випливають із природного права, а права громадянина – із позитивного права. Ці дві площини не повинні протиставлятися одна одній. Говорячи про основне завдання конституційно-правового регулювання прав і свобод людини і громадянина, треба визнати ці права і надати з боку держави гарантії дотримання і забезпечити їх захист.

Нарешті, треба зауважити важливість в даний час після «революції гідності» процесів децентралізації в правовій системі України. Само питання не виникло зараз, необхідність його вирішення в правовій сфері України ставилося і раніше. Ю. Шемшученко у цьому зв'язку зазначає, що аналіз розвитку сучасної цивілізації свідчить, що забезпечення гідного життя громадян і побудова соціальної, правової, демократичної держави неможливі без формування ефективної системи місцевого самоврядування. Регіональна політика,

¹ Шемшученко Ю. С. Дія права: інтегративний аспект. Розділ: Захист прав та свобод людини у сфері дії права / Ю. С. Шемшученко, Н. М. Оніщенко та ін. (монографія) / Відп. ред. Н. М. Оніщенко. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2010. – 360 с.

децентралізація влади та місцеве самоврядування в Україні пов'язані з удосконаленням механізму взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування, координації їхньої діяльності та посилення відповідальності у процесі реалізації ними їхніх завдань та функцій, а також пошуком ефективних способів вирішення питань суспільного значення. Самоорганізація населення в територіальних громадах для вирішення питань місцевого значення – ключове питання демократії. Адже, наприклад, згідно з Європейською хартією про місцеве самоврядування воно є однією з основ будь-якого демократичного ладу. Принцип місцевого самоврядування, як проголошується в ст. 2 цього документа, має бути визнаним у внутрішньому законодавстві й, по можливості, в Конституції держави.¹

Таким чином, розвиток і реформування правової системи України на сучасному етапі є актуальною проблемою, що стосується багатьох аспектів відносно приведення національного законодавства у відповідність зі світовими досягненнями в правовій сфері та вирішення сучасних правових потреб країни з урахуванням національних особливостей.

Сергій Венедіктов,

д.ю.н., доцент,

професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення

Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

(Київ)

ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ РОЗГЛЯДУ ТРУДОВИХ СПОРІВ У СПОЛУЧЕНИХ ШТАТАХ АМЕРИКИ

Коло питань, що зумовлюють виникнення трудових спорів у Сполучених Штатах Америки, є достатньо широким. Так, їх причиною можуть бути: незаконне звільнення, переслідування на робочому місці, дискримінація, не-виплата винагороди за працю, розголошення комерційної таємниці або поширення наклепів, недотримання стандартів охорони праці, помста роботодавця у випадку здійснення працівником службового викриття *etc.* Однак, незважаючи на наведене широке коло питань, що можуть породжувати трудові спори (як індивідуальні, так і колективні), єдиний систематизований нормативно-правовий акт, присвячений їх визначенню, характеристиці та механізму вирішення, в країні не передбачений.

Зазначена обставина викликана, в першу чергу, існуванням в Сполучених Штатах значної кількості можливостей розв'язання трудових спорів. Серед них хотілось би виділити наступні:

¹ Шемшученко Ю. С. Концептуальні проблеми регіональної політики і децентралізації влади в Україні в контексті євроінтеграційних процесів / Ю. С. Шемшученко // Віче. – 2015. – №12.

1. Досудове врегулювання трудових спорів, що зумовлене, передусім, процедурами забезпечення дотримання в трудових правовідносинах федеральних антидискримінаційних норм.

У випадку виникнення спору, пов'язаного з дискримінацією працівника за ознакою расової приналежності, кольору шкіри, релігії, статі (включаючи вагітність), національного походження, віку (для осіб, старше 40 років), інвалідності, генетичної інформації (*genetic information*) або діями у відповідь (помстою) роботодавця (*retaliation*), працівник не може відразу ж звернутися до суду. До цього його справа повинна бути розглянута Комісією щодо забезпечення рівних умов найму (*Equal Employment Opportunity Commission*). У випадку виникнення індивідуального трудового спору з інших підстав, працівник має право відразу ж звернутися до окружного суду¹.

Під юрисдикцію Комісії щодо забезпечення рівних умов найму підпадають роботодавці в штаті яких налічується 15 і більше осіб (20 осіб, у випадках дискримінації за ознакою віку). Повноваження зазначеної Комісії реалізуються через штаб-квартиру у місті Вашингтон та 53 регіональні відділення.

2. Вирішення трудових спорів шляхом звернення до суду, що є найтрадиційнішим та, мабуть, і дотепер самим ефективним способом розв'язання суперечок між працівниками та роботодавцями.

Судова система США складається з двох частин федеральної судової системи та судових систем штатів. По суті, мова йде про вертикальний поділ судової влади у федеративній державі. При цьому загальнофедеральна система не є вищою по відношенню до судів штатів; всі ці системи самостійні і незалежні. Вищий орган для всіх 52 двох систем (включаючи систему Федерального округу Колумбія) – Верховний суд США (*United States Supreme Court*), принаймні в тих випадках, коли в справі задіяні федеральні закони. І федеральна судова система, і судові системи штатів є багаторівневими. Нижчою ланкою виступають суди – *trials courts*, в яких здійснюється процес доказування. Їх рішення оскаржуються у вищій інстанції – в апеляційних судах (*courts of appeals* або *appellate courts*). Рішення апеляційного суду підлягає оскарженню до верховного суду штату (*State supreme court*) або до Верховного суду США (*United States Supreme Court*)².

Верховний суд США складається з 9 суддів, що призначаються президентом за погодженням Сенату. Наступну сходинку займають федеральні апеляційні суди, яких в країні налічується – 13. Апеляційні суди складаються з трьох суддів та в своїй діяльності не використовують суд присяжних. Найнижчий рівень федеральної системи судової влади формують суди першої інстанції, які ще називають окружними судами.

¹ Назметдинов Р.Р. Трудовое право Соединенных Штатов Америки: автореф. дис... канд. юрид. наук. Москва, 2013. – С. 27-28.

² Шумилов В.М. Правовая система США: Учебное пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Междунар. отношения, 2006. – С. 88.

Окружні суди є змішаними судами, це означає, що вони слухають як позови засновані на законі так і позови, засновані на праві справедливості (в тому числі слухають та виносять вироки по кримінальним справам). Судді федеральних судів призначаються президентом за погодженням Сенату. Вони призначаються довічно. Більшість, але не всі індивідуальні трудові спори в федеральних судах слухаються судом присяжних що складається з 6 осіб, які обираються з використанням опитувальників для відбору присяжних в досудовому порядку. Скарги або частини скарг, що визначені як основані на праві справедливості є такими, що вирішуються суддею, в той час як скарги, що стосуються права, вирішуються присяжними. Коли скарга стосується спору про факт, вирішення питань факту, зроблені присяжними, є обов'язковими для судді. Рішення присяжних можуть бути оскаржені до судді окружного суду, який здійснює нагляд за судовим провадженням. Окружний суддя може анулювати рішення присяжних та призначити новий розгляд або може змінювати рішення присяжних¹.

Структура органів судової влади штату не є однотипною. Однак, як правило, вона складається з: а) найвищого суду, що зазвичай має назву «Верховний суд»; б) апеляційної інстанції; в) судових органів першої інстанції. Деякі штати також мають свої окремі суди, що мають більш вузьку спеціалізацію та є не такими формалізованими в процедурі розгляду спорів, порівняно з судами загальної юрисдикції.

Більша частина судових процесів по індивідуальних та колективних трудових спорах вирішується федеральними судами з двох причин. Федеральні суди слухають справи, що впливають з федерального законодавства (*federal question*) та справи в яких приймають участь громадяни двох різних штатів (*diversity jurisdiction*). Як правило, більша частина судових процесів по індивідуальним трудовим спорам оснований на федеральних законах. Фактично всі судові процеси по колективним трудовим спорам (в яких приймають участь профспілки) оснований на федеральних законах. Відповідно питання, що відносяться до федеральної компетенції зазвичай є присутніми в судовому розгляді, що стосується будь-якого індивідуального чи колективного трудового спору. Зазначене також стосується і спорів, учасниками яких є корпорації. Адже на них також може поширюватися правило, яке застосовується до громадян декількох штатів, у зв'язку з тим, що більшість корпорацій здійснюють значну частину своїх операцій поза межами місця своєї реєстрації та віддалено від своїх центральних органів².

У Сполучених Штатах строки для подання скарг та позовних заяв обмежені. Працівники, що не є державними службовцями, повинні подати скаргу

¹ U.S. Employment Law for Global Employers. – P. 65 // URL: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=lawfirms>

² U.S. Employment Law for Global Employers. – P. 64 // URL: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=lawfirms>

впродовж 180 днів з моменту порушення роботодавцем їх прав. Для державних службовців цей строк дорівнює 45 днів. Строк для звернення з позовною заявою до суду складає два роки з дня, коли мало місце порушення прав працівника. У випадку навмисного порушення вказаний строк збільшується до трьох років¹.

3. Альтернативне (арбітражне) вирішення трудових спорів, що характеризується спрощенням чисельних формальних процедур, які притаманні судам загальної юрисдикції. Як наслідок, вирішення трудового спору відбувається в більш короткі строки та потребує від сторін менших фінансових витрат. Крім того арбітражний розгляд є приватним та конфіденційним, а рішення, що їм винесені, будучи власністю сторін, не підлягають загальному оприлюдненню, на відміну від рішень суду. Недоліком альтернативного вирішення трудових спорів слід назвати те, що сторони, підписавши угоду про арбітражне вирішення майбутніх трудових спорів (*mandatory arbitration agreement*), є фактично залежними від особи арбітра (який не завжди може бути достатньо кваліфікованим), та в подальшому не мають змоги звернутися до суду.

Арбітраж вважався суперечливим способом вирішення спорів впродовж всієї історії Сполучених Штатів. Спочатку суди були ворожими до арбітражу та не визнавали примусового виконання арбітражних угод. Згодом Конгрес на законодавчому рівні визнав угоди про арбітражне вирішення майбутніх спорів такими, що забезпечені правовою санкцією. Арбітраж має місце тільки тоді, коли сторони погодили його застосування у випадку виникнення між ними спору. Типова арбітражна угода містить опис скарг, які підпадають під юрисдикцію арбітражу, порядок вибору арбітра та вимоги до його винагороди, а також дозволені межі витребування інформації, що є необхідною для розгляду справи. Слід зазначити, що в судовій практиці дуже тривалий час існувала дискусія щодо умов, які дозволяються включати до арбітражної угоди. Але на цей час, більша частина цих питань вже вирішена судами та існує загальновизнана практика щодо мінімальних стандартів, які повинні бути визначені до моменту набрання арбітражною угодою юридичної сили².

Розвиток альтернативного розв'язання спорів призвів до існування суперечності в трудових відносинах Америки. З одного боку, між роботодавцями, у яких діють профспілки, та працівниками система альтернативного вирішення спорів існує вже декілька десятиріч, але зростаюче число федеральних законів та правил створюють серйозне навантаження на цю систему. Більш того, арбітри зобов'язані застосовувати відповідні норми федерального законодавства при розгляді ними спорів. Деякі експерти побоюються, що багато хто з цих арбітрів не має належної підготовки та досвіду, необхідних для виконання

¹ Назметдинов Р.Р. Трудовое право Соединенных Штатов Америки: автореф. дис... канд. юрид. наук. Москва, 2013. – С. 28.

² U.S. Employment Law for Global Employers – P. 66 // URL: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=lawfirms>

цього обов'язку, і якщо вони не зможуть ефективно виконувати цю функцію, існування такого виду відносин між роботодавцями та працівниками, як альтернативне розв'язання спорів буде під загрозою. З іншого боку, зростаюча кількість роботодавців в яких відсутні профспілки, застосовують процедури альтернативного розв'язання спорів при вирішенні скарг працівників, включаючи ті, що пов'язані з вимогами законодавства, саме тому, що вони вважають, що посередництво та арбітраж є більш ефективними, ніж судові процеси при вирішенні таких суперечок. Іронія міститься в тому, що одночасно зі збільшенням попиту на застосування альтернативного вирішення трудових спорів в непрофспілковому секторі, зростають і сумніви щодо ефективності існуючої вже багато років системи альтернативного вирішення спорів в профспілковому секторі¹.

4. Вирішення трудових спорів на локальному рівні, що передбачає самостійне врегулювання індивідуальних спорів працівником та роботодавцем без залучення третіх осіб.

Практично у всіх колективних договорах знаходить закріплення процедура розгляду індивідуальних трудових спорів (*grievance procedure*). В рамках вказаних процедур можуть бути розглянуті спори, що виникають у зв'язку з притягненням до дисциплінарної відповідальності та звільненням працівника. Процедура розгляду складається, як правило, з трьох етапів. Спочатку розбіжність розглядається безпосереднім керівником (*immediate supervisor*). У випадку, якщо спір не врегульований, справа передається керівнику вишого рівня. На наступному етапі справа розглядається заступником директора або директором. З метою виключення затягування процедури розгляду спору, в колективному договорі чітко прописуються строки розгляду скарги на кожному етапі².

Марина Венецька,
*к.ю.н., старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу проблем цивільного,
трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ЦИВІЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ НАН УКРАЇНИ ЯК ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Визначення Законом України «Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України, галузевих академій наук та

¹ Resolving Workplace Disputes in the United States: The Growth of Alternative Dispute Resolution in Employment Relations. – P. 47-48 // <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1801&context=articles>

² Назметдинов Р.Р. Трудовое право Соединенных Штатов Америки: автореф. дис... канд. юрид. наук. Москва, 2013. – С. 29.

статусу їх майнового комплексу» статусу НАН України як організації, не дає чіткого уявлення про її правовий статус, оскільки Цивільний кодекс України надає поняттю «організації» значення узагальненого родового поняття. Правовий статус НАН України не в повній мірі відповідає визначенням Цивільним та Господарським кодексами України ознакам юридичних осіб та їх організаційно-правовим формам.

Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом. За відсутністю як легального, так і доктринально розробленого українською правовою наукою поняття та правового статусу юридичної особи публічного права видається не досить коректним визначати правовий статус НАН України як юридичної особи публічного права лише з огляду на порядок її створення розпорядчими актами органами державної влади. Очевидно, істотною ознакою має бути і здійснення такою юридичною особою певних публічних функцій, покладених на таку особу чи делегованих державою.

Правовий статус НАН України як юридичної особи виходить за межі класичної доктринальної романо-германської цивілістичної характеристики ознак юридичної особи, і створеного на таких засадах Цивільного кодексу України, що не повинно викликати подиву, оскільки НАН України є за своєю суттю суб'єктом не приватного, а публічного права. Юридичні особи публічного права створюються для вирішення не приватних, а публічних задач, для задоволення публічних, а не приватних інтересів. Їх участь у цивільному обороті зумовлена не метою отримання прибутків, а виконанням публічних функцій, необхідних державі та нею делегованих.

Слід визнати, що НАН України, окрім ознаки створення актом органу державної влади, належить і ознака здійснення публічної функції, оскільки Законом України «Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України, галузевих академій наук та статусу їх майнового комплексу» НАН України визначено як вищу державну наукову організацію, яка організовує і здійснює фундаментальні та прикладні наукові дослідження, а також координує проведення фундаментальних досліджень у наукових установах та організаціях України, тобто здійснює функції організації та координації (наукової діяльності), формування та реалізації державної політики у певній сфері, притаманні саме органам державної влади і управління.

Легальне визначення Законом України «Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України, галузевих академій наук та статусу їх майнового комплексу» НАН України як вищої державної наукової організації України з доданням посилання на її самоврядність, практично вказує на статус НАН України як на досить унікальний різновид установи, не передбачений жодним законом України про юридичні особи. Унікальність НАН України у правовому сенсі полягає в тому, що НАН України є єдиною науковою організацією в країні, що здійснює функції з організації та коорди-

нації фундаментальних та прикладних досліджень з найважливіших проблем природничих, технічних, суспільних і гуманітарних наук.

НАН України є правонаступником Академії наук України, що була заснована в 1918 році і йменувалася Українською академією наук, Всеукраїнською академією наук та Академією наук Української РСР. Відповідно до розділу 1 Статуту НАН України є вищою науковою самоврядною організацією України, що заснована на державній власності. НАН України у своїй діяльності керується Конституцією України, законами України, актами Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, іншими актами законодавства та Статутом НАН України. Метою діяльності НАН України є отримання нових та узагальнення наявних знань про природу, людину і суспільство, розроблення наукових основ науково-технічного, соціально-економічного та культурного розвитку країни, всебічне сприяння практичному застосуванню результатів наукових досліджень, підготовка висококваліфікованих наукових кадрів, формування наукового світогляду в суспільстві. НАН України має у своєму віданні наукові установи, організації, підприємства, об'єкти соціальної сфери, що забезпечують її діяльність.

Правове положення НАН України характеризується, перш за все, тим, що вона є державною організацією, створеною як неприбуткова державна бюджетна установа. НАН України наділена правом управління своєю діяльністю; відповідно до законодавства і Статуту володіє, користується і розпоряджається майном, що перебуває у державній власності та належить їй на правах господарського відання. Державне майно передається НАН України у безстрокове безоплатне користування без права зміни його форми власності та використовується відповідно до законодавства та Статуту НАН України. Земельні ділянки надаються НАН України у постійне користування та використовуються відповідно до земельного законодавства.

Метою діяльності НАН України є отримання нових та узагальнення наявних знань про природу, людину і суспільство, розроблення наукових основ науково-технічного, соціально-економічного та культурного розвитку країни, всебічне сприяння практичному застосуванню результатів наукових досліджень, підготовка висококваліфікованих наукових кадрів, формування наукового світогляду в суспільстві. НАН України організує і здійснює фундаментальні та прикладні дослідження з найважливіших проблем природничих, технічних, суспільних і гуманітарних наук. НАН України має у своєму віданні наукові установи, організації, підприємства, об'єкти соціальної сфери, що забезпечують її діяльність.

Здійснюючи публічні функції, НАН України як вища наукова самоврядна організація України здійснює незалежну наукову оцінку проектів стратегічних, прогнозних та програмних документів (доктрин, концепцій, стратегій тощо), за дорученням Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України та/або з власної ініціативи розробляє пропозиції щодо засад

державної наукової і науково-технічної політики, прогнози, інформаційно-аналітичні матеріали, рекомендації щодо суспільно-політичного, соціально-економічного, науково-технічного, інноваційного та гуманітарного розвитку держави, здійснює наукову експертизу проектів законів, державних рішень і програм. НАН України у вирішенні питань статутної діяльності взаємодіє з органами державної влади, Національною радою з питань розвитку науки і технологій, Національним фондом досліджень України, національними галузевими академіями наук, іншими державними установами і громадськими організаціями, вищими навчальними закладами, а також з міжнародними науковими організаціями і науковими центрами інших держав. НАН України щорічно подає Кабінету Міністрів України разом з висновками Національної ради України з питань розвитку науки і технологій звіт про результати своєї наукової і науково-технічної діяльності, ефективність управління державним майном та використання бюджетних коштів.

Водночас, здійснюючи публічні функції, притаманні центральним органам виконавчої влади, в галузі організації та координації фундаментальних та прикладних досліджень з найважливіших наукових проблем та управління державним майном, НАН України будує свою діяльність на засадах самоврядності, найвищим органом самоврядування якої є Загальні збори, що складаються з дійсних членів (академіків) та членів-кореспондентів НАН України, які скликаються на чергові та позачергові сесії.

Самоврядність, яка завжди супроводжувала діяльність та законодавство про діяльність НАН України, розглядається як право НАН України самостійно врегульовувати свою діяльність Статутом Академії та відповідно до нього вирішувати науково-організаційні, фінансово-господарські, кадрові та інші питання її внутрішнього життя, зокрема, щодо порядку формування системи управління, виборних колегіальних органів, визначення структури Академії, тематики досліджень, обрання членів Академії, здійснення міжнародних наукових зв'язків тощо.

Слід визнати, що Національній академії наук України наразі притаманні ознаки і установи, і громадського об'єднання (з огляду на характер управління нею), і асоціації юридичних осіб (з переданням функцій управління та координації наукової діяльності), а також цілий ряд ознак міністерської (відомчої) системи управління. Відтак, правовий статус НАН України виявився закріпленим лише у спеціальних нормативних актах, які знаходяться у певній невідповідності з положеннями як Цивільного та Господарського кодексів України, так і іншого чинного законодавства України.

Належний рівень та системність правового регулювання діяльності НАН України як унікальної юридичної особи публічного права, що суміщає здійснення публічних функцій з широким самоврядуванням у визначенні способів і методів поставлених державою завдань, відповідно до її особливого статусу у суспільстві як державної і, разом з тим, – самоврядної організації, та ролі

у вирішенні найважливіших завдань забезпечення сталого розвитку України повною мірою не забезпечуються. Не визначено, зокрема, дієві механізми реалізації багатьох завдань, покладених державою на Академію, регулювання її окремих відносин з органами влади, правові механізми та гарантії реалізації поставлених перед НАН України завдань, тощо.

Очевидною потребою є усунення невизначеності правового статусу НАН України, як вбачається, саме шляхом прийняття окремого закону «Про Національну академію наук України», оскільки – відповідно до частини 3 статті 81 Цивільного кодексу – правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом. Лише держава – з метою реалізації своїх публічних функцій для суспільного блага, вправі обирати правові засоби для досягнення поставлених завдань, з врахуванням соціальних, економічних, політичних та інших обставин. І лише держава наділена правом створювати юридичні особи публічного права як незалежних, але підзвітних публічній владі установ, які можуть вирішувати суспільно-значимі завдання, маючи певну і необхідну автономію від владної вертикалі.

Спеціальним законом про НАН України має бути визначено достатньо специфічний статус НАН України та детально визначено особливі аспекти її діяльності, у тому числі відносини, пов'язані: із здійсненням НАН України публічних функцій; з правовим статусом наукової організації як юридичної особи; з особливостями здійснення господарської діяльності, у тому числі прибуткової підприємницької діяльності; з особливим правовим режимом майна наукових установ, що належить останнім як на праві господарського відання так і на праві оперативного управління; з укладенням та виконанням господарських договорів та самостійною відповідальністю за ними; з правовим становищем наукових кадрів, включаючи можливість формування тимчасових творчих колективів та інших подібних структур для виконання особливо складних, унікальних науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт; із здійсненням державних закупівель і у зв'язку з цим звільнення Академії від необхідності проведення тендерів у випадках проведення науково-дослідних робіт за затвердженою Академією тематикою, проблем, пов'язаних з провадженнями у справах про банкрутство тощо.

Вбачається, що такий шлях є оптимальним та необхідним з огляду на унікальний правовий статус НАН України як головної наукової самоврядної організації, яка здійснює публічні функції в галузі управління науковим розвитком країни.

Світлана Вишновецька,
д.ю.н., доцент, зав. кафедри цивільного права і процесу
Національного авіаційного університету
(Київ)

Андрій Вишновецький,
студент Навчально-наукового Юридичного інституту
Національного авіаційного університету
(Київ)

ДИФЕРЕНЦІЙОВАНИЙ ПІДХІД ДО ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ МОЛОДІ В КОНТЕКСТІ ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

Поява проекту Закону України «Про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії» від 28.09.2017 р. викликала неабияке здивування. Встановлення таких підвищених вимог до осіб правничої професії викликає природне запитання: чим обумовлена ця диференціація?

У чинному КЗпП України відсутні особливості регулювання праці правників. Не передбачені вони й проектом ТК України. Та це й зрозуміло, адже особливості регулювання праці – це норми, що частково обмежують застосування загальних правил з тих же питань, або такі, що передбачають для окремих категорій працівників додаткові правила. Таке розуміння цілком відповідає теоретичним уявленням про диференціацію правового регулювання трудових відносин окремих категорій працівників, що склалися в трудовому праві.

Відомо, що диференціація правового регулювання праці здійснюється з допомогою норм-винятків, норм-доповнень, норм-приспосовань. Якщо щодо норм-винятків і норм-доповнень дискусії не виникає, то щодо норм-приспосовань існує думка, що за своєю правовою природою будь-які норми-приспосовання, які сприяють реалізації загальної норми відносно окремих видів трудових відносин, у будь-якому випадку є або нормами-винятками, або нормами-доповненнями. Серед спеціальних норм виділяють і норми-альтернативи. Також інколи зустрічається виділення поряд з нормами-винятками норм-пільг, хоча, як відомо, пільговий правовий режим можуть створювати як норми-винятки, так і норми-доповнення.

Отже, єдність і диференціація правового регулювання найбільше проявляється у співвідношенні загальних і спеціальних норм. Співвідношення між загальною і спеціальною нормою найчастіше проявляється в одній із наступних форм:

1) спеціальна норма складає виняток із загальної норми трудового законодавства в тому розумінні, що вона визнає окремі умови незастосовними в даній сфері відносин. До таких норм належать насамперед норми, які забороняють або обмежують можливості застосування загальних правил стосовно

конкретних груп працівників. Крім того, норма-виняток може встановлювати для окремої категорії працівників особливе правило, відмінне від загального;

2) спеціальна норма доповнює загальну норму в розумінні встановлення додаткової гарантії чи пільги. Норма-доповнення встановлює стосовно певної категорії працівників додаткове правило. Передусім це надання додаткових переваг і гарантій, обумовлене особливими обставинами, пов'язаними з виконуваною роботою, з умовами, в яких здійснюється трудова діяльність, або з особистістю самого працівника. Мета встановлення такого роду переваг і гарантій полягає, по-перше, в компенсації впливу несприятливих виробничих і кліматичних факторів на здоров'я працівника і, по-друге, у вжитті заходів підвищеного соціального і правового захисту окремих груп працівників, які особливо цього потребують (неповнолітніх, жінок, осіб з інвалідністю тощо). Надання переваг окремим групам осіб у трудовому праві (у зв'язку з необхідністю підвищення їх конкурентоспроможності на ринку праці або особливою сферою трудової діяльності) спрямоване на покращення їх правового становища, забезпечення додаткових можливостей для реалізації суб'єктивних прав.

Отже, диференціація необхідна, коли ефективно правове регулювання неможливе з допомогою загальних норм. Як правило, вона застосовується до осіб, які потребують підвищеного соціального захисту, і полягає у наданні пільг (але не негативних винятків). За словами Р. З. Лівшиця, відступи від рівня загальних стартових можливостей вниз для окремих груп людей недопустимі, це було б дискримінацією. Диференціація пов'язана з підняттям такого рівня вверх у вигляді встановлення пільг і переваг для окремих категорій суб'єктів¹.

Межі диференціації повинні бути обумовлені функціями трудового права, а також ґрунтуватись на визначальних принципах правового регулювання, особливо принципі соціальної справедливості та принципі недопущення дискримінації у трудових відносинах. Рівність є частиною концепції гідної праці, а її забезпечення для всіх працівників є основним завданням на міжнародному, наднаціональному і національному рівнях. Принцип правової рівності повинен означати недопущення встановлення довільних і необґрунтованих відмінностей.

Отже, будь-яка диференціація правового регулювання, що призводить до відмінностей у правах і обов'язках суб'єктів права, повинна бути здійснена законодавцем з дотриманням вимог, в силу яких відмінності допустимі, якщо вони об'єктивно виправдані, обґрунтовані і переслідують конституційно значимі цілі, а використовувані для досягнення цих цілей правові засоби відповідні їм².

¹ Лившиц Р. З. Теория права: Учебник. — 2-е изд. / Р. З. Лившиц. — М.: Изд-во БЕК, 2001. — С. 156.

² Никифорова Е. А. Дифференциация как принцип построения юридической конструкции правового статуса личности (по правовым позициям Конституционного Суда РФ) / Е. А. Никифорова // Юридическая техника. — 2013. — № 7. — Ч. 2. — С. 549.

Якщо звернутися до вказаного законопроекту, то професійною діяльністю у сфері права є, наприклад, робота на посадах помічника судді, помічника адвоката, помічника прокурора, помічника нотаріуса. При цьому вимоги до осіб, які мають намір працювати такими помічниками, з часом все посилюються. Зокрема, необхідною вимогою є стаж роботи у сфері права не менше трьох років. Як його можна набути випускнику вузу?

За даними міжнародних експертів, близько половини випускників працює не за фахом, а кожен третій змінює професію одразу після закінчення вищого навчального закладу. У сучасних соціально-економічних умовах основними складовими конкурентоздатності індивіда на ринку праці є: кваліфікація, стаж роботи за спеціальністю, рівень освіти і вік. Безперечно, молоді спеціалісти не завжди відповідають цим вимогам ринку праці, зокрема кваліфікація, як правило, мінімальна, а стаж роботи за професією, найчастіше, відсутній. Тому проблема працевлаштування спеціалістів полягає не у відсутності вакансій, а в тому, що роботодавці при значній кількості незайнятих громадян, які претендують на певну вакансію, часто роблять вибір не на користь випускника, а на користь спеціаліста, що має досвід роботи за спеціальністю.

Роботодавці не хочуть брати на роботу початківців, мотивуючи це відсутністю у них досвіду. Освітні установи недостатньо орієнтовані на підготовку випускників, які володіють тими професійними і особистісними якостями, які дійсно затребувані роботодавцями. Одна з головних претензій роботодавців до навчальних закладів — відірваність теоретичних знань молодих спеціалістів від практики. Для вирішення цієї проблеми необхідно враховувати позитивний зарубіжний досвід. Так, наприклад, у 2014 році в Трудовому кодексі Болгарії було впроваджено новий тип трудового договору — для стажування після здобуття відповідної освіти. Підстава договору чітко визначена законом — засвоєння практичних навиків та вмінь за професією чи спеціальністю, здобутою у навчальному закладі. У ТК встановлена специфічна вимога до такого працівника — у нього не повинно бути трудового стажу і професійного досвіду. Строк дії договору обмежений — не менше 6 місяців і не більше 12 місяців, і визначається сторонами правовідносин.

Допомога молоді правильно почати свою трудову діяльність сприяє забезпеченню її успішного руху на шляху до гідної праці. Чим більше часу витрачається для того, щоб стати на цей шлях, тим складнішою стає ця проблема, особливо якщо такий шлях взагалі відсутній, зважаючи на норми проекту Закону України «Про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії», які є свідченням так званої «негативної» диференціації. Тому у основу ефективної підготовки кадрів для інноваційної економіки України, для забезпечення відповідності якості отриманої освіти вимогам ринку праці повинно бути покладено гармонізацію трудового законодавства і законодавства про освіту. А диференційований підхід до працевлаштування молоді, яка здобула правничу професію, повинен мати правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої повинні бути належними та необхідними.

Кирило Воронов,
*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна*

СУЧАСНА ПРАКТИКА ПРОВІДНИХ АРБІТРАЖНИХ ЮРИСДИКЦІЙ З ПРИВОДУ ВСТАНОВЛЕННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ АРБІТРАЖНОГО ТРИБУНАЛУ

Принцип «компетенції-компетенції» сьогодні спирається на більш широке трактування концепції автономності арбітражної угоди відносно основного договору. Після його тривалого заперечення та оспоровання, на сучасному етапі розвитку він визнаний і схвалений майже в усіх правових системах.

Одним з винятків є федеральний Закон «Про арбітраж США», який не містить в собі принципу «компетенції-компетенції». В той же час Верховний суд США, через свою практику, розвиває доктрину «компетенції-компетенції», хоча процес відбувається досить повільно. Так, в справі між *Rent-A-Center і Hall Street Assoc. v. Mattel, Inc.*, Верховний суд США, не тільки підтвердив існування принципу «компетенції-компетенції», але і підкреслив, що арбітражний суд має юрисдикцію для остаточного вирішення спору, без подальшого судового контролю. В інших справах, Верховний суд США пов'язує питання «компетенції-компетенції» з питанням про підсудність спору. На думку суду, компетенція арбітражу встановлюється на підставі дійсності арбітражної угоди¹.

Верховний суд США, у спорі *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America* зазначив, що юрисдикція з питання підсудності спору лежить на суді, якщо сторони спору в своїх арбітражній угоді не передбачили інше. У цьому спорі, суд зайняв позицію, що право арбітражу, вирішувати питання своєї компетенції не повинно відрізнятись від його права винести рішення по суті спору².

Нова судова практика Британської Палати Лордів, передбачає застосування концепції «fresh start» щодо тлумачення змісту арбітражної угоди. Сутність цієї концепції полягає у виявленні намірів сторін, котрі, як раціональні підприємці, бажають вирішення всіх спірних правовідносин між ними однією установою. Зокрема, при відсутності чіткої домовленості сторін про іншу процедуру, неможливо припустити, що вони мали намір передати всі свої спірні правовідносини в арбітраж, в той час як питання дійсності і можливості виконання контракту — до суду³. Отже, арбітражний суд повинен вирішувати всі

¹ *Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

² *AT&T Technologies, Inc. v. CWA*, 475 U.S. 643 (1986).

³ *Premium Nafta Products Ltd. V. Fili Shipping Co. Ltd.*, House of Lords, 17 October 2007.

питання власної компетенції, включаючи заперечення про дійсність арбітражної угоди, якщо не існує домовленості між сторонами про інше.

Сучасне французьке право створює найбільш сприятливі умови для розвитку міжнародного комерційного арбітражу і, зокрема, для принципу «компетенції-компетенції». Про це свідчить проведена реформа, і прийняття Декрету від 13 січня 2011. Декретом були внесені зміни до Цивільного процесуального кодексу Франції, що регулюють здійснення правосуддя французькими та міжнародними арбітражними судами. На відміну від законодавства більшості країн, де принцип «компетенції-компетенції» сприймається в його позитивному ефекті, що передбачає наділення арбітражу повноваженнями відносно вирішення питань щодо власної компетенції, в законодавстві Франції, він закріплений в негативному ефекті¹. Це означає, що державний суд зобов'язаний оголосити про відсутність у нього компетенції в разі наявності арбітражної угоди.

Арбітражна угода навіть не повинна бути апіорі дійсною, щоб виключити компетенцію державного суду. Вона лише не повинна бути явно недійсною, або явно непридатною: в даному випадку має місце так званий негативний контроль, тобто апіорна оцінка дійсності арбітражної угоди. У відповідності зі сформованою практикою, недійсність або непридатність повинні бути цілком очевидні.

Заява про арбітраж залишається без розгляду, якщо є очевидним, що компетенція арбітражу відсутня. Таку норму містить, наприклад, ст. 7 Регламенту Стокгольмського арбітражного інституту, на підставі якої такий висновок робиться самим Інститутом, оскільки на даній стадії склад арбітражу взагалі відсутній. У цьому сенсі і пункт 2, ст. 2. Регламенту МКАС при ТПП України передбачає, що питання про наявність правових підстав для пред'явлення позову до МКАС вирішує голова МКАС при прийнятті справи до провадження. Якщо очевидно, що розгляд пред'явленого позову не відноситься до компетенції МКАС, позовні матеріали повертаються без розгляду².

Верховний суд Швеції неодноразово вказував, що арбітражна угода має юридичну автономність по відношенню до основного контракту. У той же час до арбітражного розгляду, або в процесі розгляду, сторона має право звернутися до державного суду Швеції з позовом про визнання арбітражної угоди недійсною. Якщо суд знайде переколивими докази недійсності арбітражного угоди, він виносить ухвалу про заборону проведення арбітражного розгляду. Це підтверджує ст. 2 Закону Швеції «Про арбітраж» 1999 року, в якому зазначено,

¹ France Civil Code incorporates all the amendments up to Decree No. 2017-278 of March 2, 2017

² Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, затвердженого рішенням Президії Торгово-промислової палати України № 18 (1) від 17 квітня 2007 року зі змінами, внесеними рішенням Президії Торгово-промислової палати України № 38 (1) від 24 квітня 2012 року. — URL: <http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html>

що арбітри можуть самі вирішити питання про те, чи знаходиться в їх юрисдикції розгляд того чи іншого спору. Це не перешкоджає стороні звернутися до державного суду по тій самій справі.

Арбітри можуть продовжувати розглядати спір до тих пір, поки не винесено судове рішення. Незважаючи на те, що арбітри в процесі розгляду справи винесли рішення про свою компетенцію, таке рішення не є обов'язковим, якщо воно суперечить імперативним нормам ст. 34 і 36 зазначеного Закону. Пункти 1-3 ст. 34 Закону встановлюють, що будь-яке арбітражне рішення буде визнано недійсним, за клопотанням зацікавленої сторони, якщо воно винесено не у відповідності з арбітражною угодою¹. Такий наслідок передбачається і в тому разі, якщо арбітри винесли рішення після закінчення строків, установлених сторонами, або, перевищили свої повноваження в інший спосіб.

Пункт 3 ст. 3 Регламенту МКАС і МАК при ТПП України передбачає, що склад Арбітражного суду може винести постанову щодо заяви, зазначеної в п. 2 цієї статті, або як з питання попереднього характеру, або в рішенні щодо суті спору. Якщо склад Арбітражного суду винесе постанову про наявність компетенції МКАС як з питання попереднього характеру, будь-яка сторона може протягом 30 днів після отримання цієї постанови оспорити її шляхом звернення з клопотанням про її скасування до Шевченківського районного суду м. Києва, рішення якого з цього питання не підлягає оскарженню; поки таке прохання чекає на своє вирішення, склад Арбітражного суду може продовжити розгляд та винести арбітражне рішення.

Отже, практика застосування принципу «компетенції-компетенції» провідними арбітражними юрисдикціями отримує подальшого розвитку у законодавстві і прецедентній практиці. Для більшості арбітражних центрів принцип «компетенції-компетенції» є одним з ключових елементів всього арбітражного процесу і гарантією ефективності провадження в міжнародному комерційному арбітражі.

Наталія Воротіна,
*к.ю.н., доцент, старший науковий співробітник відділу
проблем державного управління і адміністративного права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЯ БЮДЖЕТНОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ ЯК ВАЖЛИВА СКЛАДОВА ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ У ДЕРЖАВІ

Реформа правового регулювання відносин у багатьох сферах державного та громадського життя вже давно є нагальною потребою українського суспільства. Від проголошення незалежності в Україні розпочалося реформування

¹ The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

практично усіх існуючих у державі правовідносин. Дійсно, після розвалу СРСР, в умовах переходу від адміністративно-командних до ринкових відносин, Україні довелося глобально змінювати як основоположні засади, принципи, так і деталі правового регулювання цілих галузей законодавства. Цей процес був досить важким та болючим. Особливо значні та всеохоплюючі зміни відбувалися у галузі фінансового законодавства, яке, іноді, доводилося створювати «з нуля». На цьому шляху за роки незалежності було зроблено досить багато, прийнято не тільки закони та інші нормативно-правові акти, що врегулювали практично усі види новітніх, не існуючих до цього, фінансових відносин, а й надзвичайно важливі кодифіковані акти – Податковий та Бюджетний кодекси.

Проблеми реформування законодавства, що регулює функціонування бюджетної системи, завжди було одним із найбільш важливих питань для держави. Але, слід відзначити, що за останній час сталися зміни і у свідомості суспільства з цих питань: якщо раніше термін «бюджет» сприймався громадянами як щось далеке, незрозуміле і таке, що не має до них жодного відношення, то на сьогодні вже практично кожна людина розуміє: від того, наскільки ефективно функціонує бюджетна система, залежить не тільки її фінансове благополуччя як члена суспільства (жителя міста чи села, що має можливість користуватися певною інфраструктурою та послугами; користувача автомобільних доріг тощо), а й її особисті доходи (і не тільки тоді, коли вона є працівником бюджетної сфери). У цьому зв'язку хотілося б особливу увагу звернути на правові реформи, що відбулися у галузі бюджетної системи України за останні роки.

Одним із найбільш важливих напрямків таких реформ є децентралізація бюджетної системи, що відбувається в нашій державі у рамках децентралізації влади. На протязі багатьох років в Україні як науковцями і практиками, так і політиками, відстоювалась ідея про фінансову самостійність органів місцевого самоврядування, про необхідність наповнення місцевих бюджетів реальними фінансовими ресурсами (іншими словами – про наближення бюджетних коштів до місцевої громади). Але, нажаль, така позиція ще до недавнього часу так і залишалась лише гаслом.

Початком здійснення в Україні реальних правових кроків на шляху фінансової децентралізації можна вважати прийняття 01.04.2014 року Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Метою вказаної Концепції було визначення напрямів, механізмів і строків формування ефективного місцевого самоврядування та територіальної організації влади для створення і підтримки повноцінного життєвого середовища для громадян, надання високоякісних та доступних публічних послуг, становлення інститутів прямого народовладдя, задоволення інтересів громадян в усіх сферах життєдіяльності на відповідній території, узгодження інтересів держави та територіальних громад. Одним із основних способів розв'язання вказаних проблем було визначено створення належних матеріальних, фінан-

сових та організаційних умов для забезпечення здійснення органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень¹.

Зазначимо, що вказана Концепція була заснована на положеннях Європейської Хартії місцевого самоврядування². Відповідно до ст.9 Хартії («Фінансові ресурси органів місцевого самоврядування») органи місцевого самоврядування мають право в рамках національної економічної політики на власні адекватні фінансові ресурси, якими вони можуть вільно розпоряджатися в межах своїх повноважень. Їх обсяг відповідає повноваженням, передбаченим конституцією або законом. Принаймні частина фінансових ресурсів органів місцевого самоврядування формується за рахунок місцевих податків та зборів, розмір яких вони мають повноваження встановлювати в межах закону. Фінансові системи, які складають підґрунтя ресурсів органів місцевого самоврядування, мають достатньо диверсифікований і гнучкий характер і повинні забезпечувати можливість приводити наявні ресурси, наскільки це практично можливо, у відповідність до реального зростання вартості виконуваних ними завдань. Захист більш слабких у фінансовому відношенні органів місцевого самоврядування передбачає запровадження процедур бюджетного вирівнювання або аналогічних заходів з метою подолання наслідків нерівного розподілу потенційних джерел фінансування і фінансового тягара, який вони повинні нести. Такі процедури або заходи не повинні звужувати свободу дій органів місцевого самоврядування в межах власної відповідальності. З органами місцевого самоврядування повинні належним чином проводитись консультації про порядок передачі їм перерозподілених ресурсів. У міру можливості, дотації органам місцевого самоврядування призначаються не для фінансування конкретних проектів. Надання дотацій не скасовує основоположну свободу органів місцевого самоврядування проводити свою політику в межах власної компетенції.

Для реалізації положень Концепції Кабінетом Міністрів України було затверджено План заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Ним була передбачена розробка концептуальних пропозицій на засадах децентралізації, субсидіарності, повсюдності та спроможності місцевого самоврядування щодо змін до Конституції України, Бюджетного та Податкового кодексів, цілого ряду законів, а також низка інших заходів³. Нажаль, відповідні зміни до Конституції

¹ Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1.04. 2014 р. № 333-р. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-p>

² Європейська Хартія місцевого самоврядування від 15.10.1985 р. – URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_036

³ Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 червня 2014 року № 591-р. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/591-2014-p>

так і не вдалося прийняти, тому фінансову децентралізацію розпочали здійснювати в рамках чинної Конституції.

Серед найбільш важливих змін до законодавства, які стали початком реального процесу фінансової децентралізації, необхідно виділити Закон України «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформування міжбюджетних відносин»¹, Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи»², Закон України «Про засади державної регіональної політики»³, Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад»⁴ тощо.

Важливе значення у цьому процесі має також Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020»⁵, якою визначено, що метою політики у сфері децентралізації є відхід від централізованої моделі управління в державі, забезпечення спроможності місцевого самоврядування та побудова ефективної системи територіальної організації влади в Україні, реалізація у повній мірі положень Європейської хартії місцевого самоврядування, принципів субсидіарності, повсюдності і фінансової самодостатності місцевого самоврядування. Згідно Стратегії, пріоритетом в управлінні публічними фінансами має стати підвищення прозорості та ефективності їх розподілу та витрачання. Процес здійснення державних закупівель повинен стати максимально прозорим та урахувати загальні принципи конкуренції. Корупційна складова під час здійснення державних закупівель має бути ліквідована.

Слід відзначити, що в Україні запроваджене середньострокове бюджетне планування⁶. Ідея фінансової децентралізації втілена також у нещодавно схваленій Кабінетом Міністрів Стратегії реформування системи управління державними фінансами на 2017 – 2020 роки. Зокрема, встановлено, що зміцнення ресурсної бази місцевого самоврядування передбачає реалізацію ряду законодавчих ініціатив щодо закріплення за органами місцевого самоврядування

¹ Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформування міжбюджетних відносин: Закон України від 28 грудня 2014 року №79-VIII (з наст. змінами). – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/79-19>

² Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи: Закон України від 28.12.2014 року № 71-VIII (з наст. змінами). – URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/71-19/print1455195415559142>

³ Про засади державної регіональної політики: Закон України від 5 лютого 2015 року № 156-VIII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/156-19>

⁴ Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України від 5 лютого 2015 року № 157-VIII (з наст. змінами). – URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/157-19>

⁵ Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020»: схвалено Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015. – URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/U005_15.html

⁶ Про внесення зміни до розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України щодо запровадження середньострокового бюджетного планування: Закон України від 23 березня 2017 року № 197-VIII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1974-19>

ПРАВОВА РЕФОРМА: КОНЦЕПЦІЯ, МЕТА, ВПРОВАДЖЕННЯ

відрахувань від загальнодержавних податків, запровадження системи інвентаризації майна та майнових прав і удосконалення методики грошової оцінки земельних ділянок з метою ефективного справляння податку на нерухоме майно, створення дієвого механізму погашення податкового боргу. Розширення повноважень органів місцевого самоврядування щодо адміністрування та контролю за сплатою місцевих податків і зборів передбачає наділення місцевих рад правом встановлення розмірів ставок у широких межах, встановлення податкових пільг та преференцій, реалізацію принципу повсюдності щодо бази оподаткування¹.

Таким чином, за останні три роки на шляху до фінансової децентралізації здійснена значна кількість реальних правових та практичних кроків. Нажаль, у межах даної публікації немає можливості висвітлити конкретні результати та цифри, що підтверджують успішність розпочатих реформ. Зазначу лише: не дивлячись на те, що вказана реформа не позбавлена недоліків та ще дуже багато необхідно зробити на шляху досягнення кінцевих результатів, все ж можна констатувати факт – фінансова децентралізація в Україні нарешті із декларації перетворилася на реальність, що є вагомим позитивним внеском у справу здійснення всеохоплюючої правової реформи в Україні.

Людмила Гаращенко,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри права
Київського національного лінгвістичного університету
(Київ)

МОДЕЛЬ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН: НОВІ ВИКЛИКИ

Глобалізація, швидка економічна інтеграція між країнами, що є наслідком лібералізації торгівлі, інвестицій і потоків капіталу, а також швидких технологічних змін – неодмінно впливають на функціонування та зміст соціально-трудової сфери. Актуальність і практична значимість досліджень у цій сфері визначається розмаїттям теорій та концепцій дослідження трудових відносин у світі та розумінням процесів, які впливають на зміни трудового законодавства. Однією з них є теорія стандартних трудових відносин (standard employment relationship – скорочено SER), яка стала результатом історичного розвитку західного суспільства та має певні особливості правового регулювання трудових відносин, що знайшли своє відображення у національних правових системах. Стандартні трудові відносини, або стандартна зайнятість набули поширення у більшості індустріальних економіках протягом більшої частини ХХ століття.

¹ Стратегія реформування системи управління державними фінансами на 2017 – 2020 роки: схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 лютого 2017 року № 142-р. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/142-2017-p>

Розвиток масового промислового виробництва і конвеєрних технологій вимагали саме такої форми праці та зайнятості.

Традиційно, термін «стандартні трудові відносини» (SER) означав «стабільну, соціально захищену, залежну працю, яка виконувалася протягом повного робочого дня, основними умовами якої були: тривалість робочого часу, оплата праці, соціальні виплати та врегульована колективним договором нормами трудового і/ або права соціального забезпечення»¹.

Особистий характер праці, її стабільність, соціальні стандарти, пов'язані з постійним виконанням роботи протягом повного робочого дня є ключовими елементами в цьому визначенні. Тільки повна зайнятість гарантує сім'ї зарплату і адекватний рівень соціального захисту, а стабільність відносин між роботодавцем і працівником полягає в укладенні трудового договору на невизначений строк.

Модель відносин між працівником і роботодавцем, яка набула юридичного оформлення у трудовому договорі, укладеного на невизначений строк, переважала в зарубіжних країнах до 70-х років ХХ ст. На думку американського вченого А. Каллеберга, властива світові у період після Другої світової війни стандартна організація трудових відносин скоріше є історичною аномалією, тоді як різноманітні форми нестандартної зайнятості – загальним правилом².

Зміни у бік постіндустріальної і більш гнучкої економіки став загально-визнаним фактом. Відповідно, сегмент робочих місць, що припускають відносини зайнятості, відмінні від стандартних, помітно зріс. Наскільки різноманітні форми нестандартної зайнятості, настільки різноманітні фактори та обставини, що викликають розмивання і звуження масштабів стандартної зайнятості. Деякі з них лежать на стороні попиту на працю, інші – на стороні пропозиції. Структурні зміни в економіці розвинених країн вели до скорочення частки традиційної великої промисловості, яка була основним «споживачем «стандартних» працівників». Швидко зростаючому сектору послуг були потрібні інші працівники: працюючі в гнучкому тимчасовому режимі, а за тривалістю або менше, або довше передбачених законодавством норм; більш мобільні і в разі необхідності доступні для швидкої реалізація, а тому такі, що мають лише тимчасовий трудовий контракт, поєднують виконавчі та підприємницькі функції, і т. д. Подібний характер має і попит на працю з боку малих підприємств, роль яких в сучасній економіці постійно зростає. Посилення глобальної конкуренції, а також пов'язані з цим невизначеність, загострення

¹ Bosch Gerhard. Towards a new standard employment relationship in Western Europe / Gerhard Bosch // *British Journal of Industrial Relations*. 42:4 December 2004 0007–1080 pp. 617–636.

² Kalleberg A. Nonstandard Employment Relations: Part-time, Temporary and Contract Work. – URL: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/133966/mod_resource/content/1/Kalleberg_2000_Nonstandard%20employment%20relations.pdf (дата звернення: 20.10.2017).

суперництва за споживачів і необхідність скорочення витрат, зажадали і від роботодавців, і від працівників більшої гнучкості у трудових відносинах¹.

За твердженням В.П. Кохан, кількісне і якісне зростання нетипових форм праці відбулося в Західній Європі та Сполучених Штатах Америки в 70-х роках минулого сторіччя, але визнання права існування нестандартних трудових відносин відбулося лише в кінці 1990-х на початку 2000-х років у нормативних актах Міжнародної організації праці².

Концепція позикової праці (англ. outstaffing – out – «поза» + англ. staff – «персонал») – можливість використання робочої сили іншого підприємства), виникла і набула поширення в 1960-1970-ті роки в США у відповідь на тенденції флексибілізації як більш гнучкий підхід до організації виробництва³. Засновником бізнес-практики вважається Вільям Рассел Келлі, який створив компанію з надання тимчасового персоналу «Kelly Services». Принципово значущим для розвитку індустрії лізингу персоналу стало визнання легітимності позикової праці Міжнародною організацією праці, що прийняла в 1997 р. конвенцію № 181 і одночасно рекомендацію № 188 про приватні агентства зайнятості⁴.

Таким чином, зміни в економіці та поява нових форм зайнятості призвели до усунення бар'єрів для транснаціональної мобільності товарів та капіталу та підвищення глобалізації економіки. Ці процеси призвели до кризи теорії стандартних трудових відносин⁵.

Підсумовуючи вищевикладене, робимо висновок про те, що у сучасному світі стандартні трудові відносини, для яких істотною рисою було укладення трудового договору переважно на невизначений строк, вичерпали себе. Розвиток економіки, технічний прогрес, глобалізаційні процеси сприяють появі нових форм зайнятості, нових видів трудового договору не притаманних стандартним трудовим відносинам.

¹ Гимпельсон В., Капелюшников Р. Нестандартная занятость и российский рынок труда. Препринт WP3/2005/05. – М.: ГУ ВШЭ, 2005. – 36 с.

² Кохан В. П. Нестандартна зайнятість в Україні: виклик часу. – URL: http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/kokhan_ua.pdf (дата звернення: 20.10.2017).

³ Пастушенко О.О. Закордонний досвід нестандартних форм зайнятості у сфері соціально-трудова відносин. – URL: http://visnyk-onu.od.ua/journal/2013_18_3_3/6.pdf (дата звернення: 20.10.2017).

⁴ Козина И.М. Заемный труд: социальные аспекты // Социологические исследования. 2008. №11. С. 3-12.

⁵ Deakin, Simon. Addressing labour market segmentation: the role of labour law / Simon Deakin // International Labour Office, Governance and Tripartism Department. – Geneva: ILO, 2013. – p.5.

МІСЦЕ ПРАВА НА ЮРИДИЧНУ ДОПОМОГУ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА

У конституційній практиці та в юридичній науці юридичну допомогу розглядають, як правило, у контексті прав людини. Відповідні положення конституцій містяться в розділах, присвячених правам і свободам людини та громадянина. Так, згідно зі ст. 3 Конституції України утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, для виконання якого створюються певні інститути, завдання яких пов'язане з визнанням на конституційному рівні права, яке міститься в ч. 1 ст. 59 Конституції України «Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, така допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура»¹.

Правову допомогу визначають як гарантоване державою кваліфіковане сприяння суб'єктами, визначеними законом, людині у здійсненні нею правомірних процесуальних дій (актів), необхідних для набуття, зміни або припинення суб'єктивних прав чи обов'язків².

Визначаючи права людини як систему, важливо проаналізувати її елементи, зв'язки між ними і цілісність. Використання системного підходу в дослідженні прав і свобод людини під час аналізу права на кваліфіковану юридичну допомогу дає змогу повніше зрозуміти його юридичну характеристику, практично оцінити його призначення і функції, бачити і враховувати як загальні його риси, так й особливі характеристики, що вирізняють це право серед інших прав, а також визначити місце конституційного права на кваліфіковану юридичну допомогу в системі прав людини. У зв'язку із цим вважаємо за доцільне розглянути взаємодію права на кваліфіковану юридичну допомогу з іншими групами конституційних прав.

Так, досить тісний зв'язок простежується між правом на кваліфіковану юридичну допомогу та особистими конституційними правами. Наприклад,

¹ Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

² Шрамко Ю. Т. Конституційне право на правову допомогу в Україні: актуальні питання законодавчого регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. Т. Шрамко. — К., 2016. — С. 7.

реалізація і захист таких особистих прав, як право на життя, особисту недоторканність і свободу, право на приватне життя і деякі інші неможливі без права на юридичну допомогу, оскільки право на юридичну допомогу дає змогу кожній людині усвідомити, які права надаються їй цими правами, а за необхідності – захистити ці особисті права. Як наголошує А. В. Джуська, здійснення права на правову допомогу основане на дотриманні принципів рівності всіх перед законом та відсутності дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (ст. 21, ч. 1, 2 ст. 24 Конституції України). Крім того, реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від статусу особи й характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права. Конституційне право кожного на правову допомогу за своєю суттю є гарантією реалізації, захисту й охорони інших прав і свобод людини та громадянина, і в цьому полягає його соціальна значущість. Серед функцій такого права в суспільстві варто виокремити превентивну, яка не тільки сприяє правомірному здійсненню особою своїх прав і свобод, а й насамперед спрямована на запобігання можливим порушенням чи незаконним обмеженням прав і свобод людини та громадянина з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати. Однак слід зазначити, що в передбачених законом випадках, зокрема для захисту від обвинувачення, у справах про адміністративні правопорушення та для захисту малозабезпечених осіб, відповідні державні органи, їх посадові та службові особи, здійснюючи свої повноваження, зобов'язані забезпечити надання вказаним категоріям осіб безоплатної правової допомоги. Наразі в Україні така допомога надається відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р., але, на жаль, поки що не всім категоріям осіб, які зазначені в цьому законі¹.

Право на отримання безкоштовної юридичної допомоги є соціальним правом, оскільки дозволяє малозабезпеченим верствам населення одержувати таке важливе соціальне благо, як кваліфікована юридична допомога. Без юридичної допомоги отримання й реалізація таких соціальних прав, як право на сприятливе навколишнє середовище, право на охорону здоров'я, право на працю, право на соціальне забезпечення, право на житло іноді просто неможливі.

Право на отримання кваліфікованої юридичної допомоги також взаємодіє з іншими правами цієї групи конституційних суб'єктивних прав людини і громадянина: правом на судовий захист, правом на перегляд вироку вищим судом, презумпцією невинуватості, правом, що звільняє особу від обов'язку

¹ Джуська А. В. Право на правову допомогу як гарантія конституційно-правового статусу людини і громадянина / А.В. Джуська // Право: історія, теорія, практика : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 14–15 берез. 2014 р.). – Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2014. – С. 30.

доводити свою невинність, правом не свідчити проти себе самого і близьких родичів тощо.

Існує два типи судового захисту прав і свобод людини та громадянина: 1) захист порушеного суб'єктивного права, який здійснюється шляхом відновлення права. Цей тип є змістом правозахисної функції судової влади; 2) захист суб'єктивного права від імовірного порушення в майбутньому, що здійснюється шляхом забезпечення права, охорони від можливого порушення. Цей тип є змістом правоохоронної функції судової влади. Обидва типи разом становлять єдину комплексну провідну функцію судової влади – захист прав і свобод людини та громадянина¹. Водночас важливо зазначити, що надання правової допомоги в Україні гарантується не тільки в межах реалізації конституційного права на судовий захист, не тільки в окремій галузі права (кримінально-процесуальній, адміністративній, цивільно-процесуальній тощо). Реалізація цього права гарантована в будь-яких правовідносинах, тобто інститут правової допомоги є загальноправовим. Залежно від виду правовідносин, під час виникнення, розвитку і припинення яких він реалізується, можна говорити про види правової допомоги залежно від галузі права: адміністративно-правова, адміністративно-процесуальна, цивільна, цивільно-процесуальна, кримінальна, кримінально-процесуальна, екологічна, земельна, міжнародно-правова тощо².

Підбиваючи підсумки взаємодії права на кваліфіковану юридичну допомогу з іншими конституційними правами, відзначимо, що це право знайшло своє гідне місце в системі конституційних прав і свобод. Право на юридичну допомогу гармонійно співіснує з іншими конституційними правами. Щобільше, повна реалізація деяких конституційних прав без юридичної допомоги неможлива або є вкрай важкою.

Олена Гостюк,

*аспірантка кафедри трудового та господарського права
Харківського національного університету внутрішніх справ
(Харків)*

ДО ПИТАННЯ ПРО ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ

Основний Закон України проголошує цілий ряд прав та свобод людини, що є важливим кроком для побудови суверенної, незалежної, демократич-

¹ Немченко С. С. Особливості права на правову допомогу в Україні в процесі побудови демократичної держави / С. С. Немченко // Науковий вісник Херсонського державного університету. Сер. : «Юридичні науки». – 2014. – Вип. 6-1, т. 1. – С. 187.

² Омельченко Т. В. Інституалізація правової допомоги в Україні / Т.В. Омельченко // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Сер. : «Юридические науки». – 2012. – № 2, т. 25 (64). – С. 93.

ної та соціальної держави. Але мало права проголосити, необхідно створити певні механізми реалізації цих прав, оскільки забезпечення, гарантування та реалізація прав людини є однією з найважливіших ознак правової держави. Необхідно створити умови для реалізації відповідних прав, що може бути забезпечено надійною системою гарантій у цій сфері. На сьогоднішній день на жаль приходить констатувати, що сучасний стан українського трудового законодавства та практика його застосування залишає бажати кращого, так як не може адекватно реагувати на ситуацію, що піддається постійним змінам як в суспільстві так і в економіці в цілому.

Необхідно зазначити, що кожна правова держава виконує соціальні функції, але наявність у держави соціальних функцій ще не робить її власне соціальною у буквальному розумінні цього слова. Необхідно, щоб соціальні функції не тільки проголошувалися, а й реалізовувалися на практиці. Окрім того, щодо соціальних функцій в такому аспекті є сенс говорити про аналіз соціальних функцій будь-якої держави, а не тільки соціальної.

Держава може бути визнана як соціальна лише тоді, коли проблема відтворення життя людини, як біологічної істоти, як потенційного суб'єкта всіх видів суспільної життєдіяльності, стає головним завданням держави та інститутів державної влади, коли створена і діє правова система захисту соціальних інтересів особистості, коли на вирішення соціальних проблем зорієнтовані економіка, політика і духовне життя суспільства¹. Тому поняття «соціальна держава» не повинно стосуватися тільки певних якихось аспектів соціальної сфери, тобто включати не тільки сферу регулювання трудових відносин, надавати різного роду допомоги тільки малозабезпеченим громадянам та здійснювати соціальне страхування. Поняття «соціальна держава повинно розглядатися широко, при цьому соціальні проблеми повинні мати пріоритетний характер. В основі основ соціальної політики, писав О.І.Процевський, має бути людина праці, «все інше похідне від неї». Тому у людини праці має бути забезпечене гідне життя і вільний розвиток. Тільки в цьому разі можливий прогрес виробництва².

Сьогодні ж формально встановлений рівень гарантій у сфері праці у багатьох випадках не отримують реального підтвердження. Сьогодні гарантії, не отримуючи комплексного вирішення, перетворюються в антигарантії, що в свою чергу змушують роботодавців ставати на шлях завуальованої дискримінації по відношенню до багатьох категорій працівників (неповнолітні, особи з пониженою працездатністю, особи, що поєднують роботу з навчанням, жінки). Держава не думає про необхідність, з однієї сторони, комплексного, з іншої – диференційованого підходу і тим самим створює загрозливу ситуацію.

¹ История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Юрид. лит.-ра, 1995. – С. 187.

² Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: монографія / О.І.Процевський. – Х:ХНАДУ, 2014 – С.180.

В чинному трудовому законодавстві спостерігається тенденція до відмови від реалізації гарантій, прав і пільг працівників під приводом того, що в країні склалася нова соціально-економічна ситуація, а прийнятий в 1971 р. КЗпП України, що притерпів багатьох змін і доповнень, по багатьох параметрах не відповідає реаліям сьогодення. Правове регулювання праці повинно адекватно відображати рівень розвитку і ступінь зрілості суспільних відносин... відмовитись від віджитих форм і стереотипів¹. А юридичні гарантії, в першу чергу, повинні розглядатися як умови, необхідні для забезпечення гідного життя і вільного розвитку людини.

Не дивлячись на те, що ст. 1 КЗпП України проголошує, що КЗпП регулює трудові відносини всіх працівників, насправді ж він орієнтований тільки на найманих працівників, які застосовують працю на підприємствах державної форми власності. Про це свідчать норми КЗпП про надурочні роботи, про матеріальну відповідальність працівника, про підстави припинення трудових відносин, строків трудового договору, форми укладення трудового договору, забезпечення зайнятості вивільнюваних працівників, запровадження неповної та скороченої тривалості робочого часу, надання різного роду відпусток, надання різного роду гарантій, компенсацій та ін. Разом з тим саме вказана стаття повинна визначати основний зміст, сутність не тільки Кодексу, але й всього трудового права. Основним завданням у сфері трудових відносин повинно бути захист інтересів, потреб, прав охорони праці працівника.

КЗпП України не виконує завдань, проголошених в ст. 1, про сприяння зростанню продуктивності праці, поліпшення якості роботи, підвищення ефективності виробництва. Одні гарантії трудових прав працівників, що закріплені в КЗпП є формальними, так як не забезпечені реальним механізмом захисту (ст. 16, п.2 ст. 29, ст. 42, ст. 42-1, 164,172,ч. 2 ст. 184, п.4 ст. 216), інші вичерпали себе і внаслідок цього повинні бути виключені із КЗпП, або ж приведені у відповідність з реаліями життя (п. 1 ст. 24, п.1 ст. 221, п.4 ст. 216).

Відповідно до ст. 9 КЗпП умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно з законодавством України про працю є недійсними. Однак, якщо роботодавець оговорив в трудовому договорі такі умови (заборона роботи за сумісництвом, додаткові не передбачені законодавством підстави припинення трудових відносин за ініціативою роботодавця, дотримання конфіденційності умов трудового договору під страхом його припинення та ін.) і працівник в силу безвихідного становища погоджується на них, то чи можливо визнати їх недійсними, тим більше, якщо трудовий договір не укладається у письмовій формі.

Письмові трудові договори, всупереч ст. 24 КЗпП, практично не укладаються, що знижує рівень правового захисту працівників і дає поштовх щодо

¹ Курилов В.И. Личность. Труд. Право / В.И.Курилов. – М: Юрид. лит-ра, 1989. – С.51.

обмеження їх прав. Такому стану справ сприяє протиріччя, формулювання, закріплені законодавцем в ч. 1 ст. 24 КЗпП – обов’язкова письмова форма трудового договору. Разом з тим відповідальності роботодавця за недотримання норми щодо письмової форми трудового договору законодавство не встановлює, хоч оформлення трудових відносин належним чином є обов’язком останнього. На практиці, зустрічаються непоодинокі випадки коли на підприємствах різних форм власності не укладається колективний договір, що суттєво знижує рівень правових гарантій для працівників та рівень збалансованості інтересів сторін в трудових правовідносинах, адже єдиною сферою де можливо досягти більшої або меншої збалансованості інтересів, – це сфера переговорів щодо укладення колективних договорів і угод. Разом з тим вимоги щодо збалансованості не повинні підірвати природу трудового права як права охорони праці, хоча вони і пов’язані між собою. А як підкреслюється у юридичній літературі трудове право за своєю природою, соціальним призначенням – є право охорони праці, тобто право, направлене на створення сприятливих умов праці і життя працівника¹. Сьогодні, як і в минулому, суспільство заінтересовано в збереженні робочої сили та її відтворенні, без чого неможливі ні розвиток підірваної економіки взагалі, ні розвиток підірваного виробництва зокрема. У даний час склалася ситуація, за якої, з одного боку, гарантії трудових прав, передбачені законодавством, можуть бути реалізовані лише при умові нормально-функціонуючої економіки, з другого – економіка не може бути відновлена без належного сучасного правового забезпечення трудових відносин.

Всі категорії населення, так чи інакше, потребують соціального захисту, державного сприяння при отриманні професійної освіти, підвищенні кваліфікації, роботи, в створенні умов для підприємництва та в інших питаннях. Соціальна держава зобов’язана забезпечувати такий захист. Тому в умовах ринку непотрібно руйнувати систему захисту працівників, що вже склалася.

Петро Гуйван,

*професор Полтавського інституту бізнесу,
канд. юрид. наук, заслужений юрист України*

ДОБРА СОВІСТЬ ЗАВОЛОДІЛЬЦЯ – BONA FIDES – ЯК ПЕРЕДУМОВА НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ

Добросовісність – bona fides є однією з важливих умов давнісного володіння чужим майном. Власне, таке явище, як добра совість набувача, значною мі-

¹ Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П. Советское трудовое право: вопросы теории Отв. ред.: Иванов С.А. – М.: Наука, 1978. – С.6; Курилов В.И. Личность. Труд. Право / В.И.Курилов. – М: Юрид. лит-ра, 1989. – с.51; Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин: монографія / Н.Д. Гетьманцева. – Чернівці: Технодрук. – 2015. – С.390-510.

рою визначає продуктивність набувного власницького інституту. Дане питання має дуже важливе практичне значення, особливо на сучасному етапі, оскільки чинне законодавство не дає чіткого визначення добросовісності, а ситуація, коли майно набувається добросовісним суб'єктом від не уповноваженої на його відчуження особи, є достатньо поширеною. У ч. 1 статті 344 ЦКУ йдеться про добросовісність володіння: таке володіння може бути передумовою виникнення права власності за давністю. В українському законодавстві (на відміну, скажімо, від російського) це не виключний спосіб набуття права власності за давністю (з огляду на наявність ч.3 ст. 344 ЦКУ), але даний варіант найбільш узгоджується з класичним розумінням набувального давнісного механізму. Позаяк набуття права власності на чуже майно за набувальною давністю є одним із способів захисту нетитульного володіння, таким чином захищається і незаконне володіння для давності у випадку його виникнення на підставі договору. Але за наявності речово-правових відносин набуття права власності за давністю володіння може відбутися тільки при добросовісному заволодінні.

Оскільки діюче законодавство не зовсім однозначно регулює питання приналежності речових прав, зокрема і прав давнісного володільця, важливою є роль наукових розробок в даній царині. Питання щодо добросовісності володіння для давності та набуття права власності за давністю володіння чужим майном часто ставало предметом дослідження. Даній проблематиці присвятили свої праці такі науковці, як Г.Ф.Шершеневич, К.І. Скловський, Т.Ю. Дроздова, Г.А.Гаджиєв, В.А.Рахмілович, Д.О. Тузов, А.І.Авласевич, В.І.Цікало, В.П.Маковій та інші дослідники. Але складність питання полягає в тому, що при його вирішенні неодмінно слід надати перевагу матеріальним інтересам однієї із сторін – власникові майна або давнісному володільцю. Тож, окремі дослідники схилилися до пріоритету захисту особи, яка позбавилася права власності, інші, виходячи з необхідності розвитку торгового обороту, вважали, що перевага має надаватися захисту інтересів добросовісного окупанта. Для узгодження цих полярних точок зору та напрацювання прийнятної концепції необхідним є визначення характерних ознак набувальної давності, в першу чергу, *bona fides* володільця. Відтак, проблематика має досліджуватися, виходячи з принципу, що фактичні взаємини повинні регулюватися з урахуванням їхньої правової співмірності. Адже за певних умов добра совість призводить до виникнення суб'єктивного права, яке в даному разі може виникати навіть всупереч праву власності.

У римському приватному праві принцип добросовісності заволодіння та подальшого утримання чужого майна не мав суттєвого значення. При вистребуванні речі з чужого незаконного володіння діяло правило «де своєю річ знаходжу, там її і відікую» («ubi rem meam invenio, ibi vindico»). При цьому вважалося, що коли той, хто передає майно, не має на нього права власності, то той, хто набуває, не може отримати власність. Втім, з часом стало очевидним, що вказаний підхід становить серйозні перешкоди для жвавого торгового

обороту. Адже при купівлі рухомих речей, особливо на ринку, дуже важко встановити повноважність відчужувача. Тож, послідовне застосування римського правила створило б загальну непевність обороту, бо покупець ніколи не був би впевненим, що він став власником і що завтра не з'явиться особа, котра доведе своє право власності на річ і відбере її¹.

Відтак за основу було прийнято німецький цивілістичний принцип «Hand muss Hand wahren» (рука за руку відповідає), згідно з яким лише речі, що вибули від титульного володільця (в тому числі власника) поза його волею, можуть бути віндикувані у будь-якої третьої особи. У такий спосіб усувалася невпевненість та запроваджувалася можливість для добросовісного набувача отримати право власності або в момент набуття речі (ст. 330 ЦКУ), або за набувальною давністю (ст. 334 ЦКУ). Отже, значення bona fides суттєво зросло, виникла необхідність нормативного та доктринального визначення даного правового явища.

На жаль, у нашому цивільному законодавстві відсутнє легальне визначення поняття добросовісності як чинника, що притаманний набувальній давності, що часто призводить до розширеного його тлумачення². Тому спробуємо дослідити сутність цього явища для набувальної давності, виходячи з доктринальних та нормативних напрацювань. Окремі науковці вважають, що сам зміст норми про набувальну давність свідчить про те, що мова йде про володіння чужим майном, тобто первісно особа має усвідомлювати, що отримала у користування те, що їй не належало³. Власне, подібний підхід навряд чи можна підтримати. В літературі, переважно, прийнято вважати, що володіння є добросовісним, коли особа не знає і не може знати про наявність у іншої особи прав на дане майно⁴. В найбільш загальному сенсі добра совість виражає висхідну позицію особи щодо поваги свого контрагента, бачення в ньому рівного собі і цим постійного відтворення права на елементарному і, тим самим, на загальному рівні⁵. Саме таке розуміння права знаходимо у Гегелівській «Філософії права»: «моя власність виникає не тільки через річ та мою суб'єктивну волю, а також внаслідок іншої волі, відтак, певної спільної волі. Договір передбачає, що уклавши його

¹ Афанасьєва И.В. Приобретение права собственности от неуправомоченного отчуждателя в контексте современного законодательства / И.В.Афанасьєва, М.Н.Кузнецова // Юрист. – 2004. – №1. – С. 23.

² Хвостов В.М. Система римского права Учебник / В.М.Хвостов – М.: Спарк, 1996. – С. 253.

³ Северова Є.С. Набувальна давність у цивільному праві України: питання застосування за матеріалами судової практики. Є.С.Северова // Науковий вісник Ужгородського національного університету Серія «Право». – 2011. – Вип. 17. – С. 115.

⁴ Маковій В.П. Набувальна давність у цивільному праві: автореф. ... канд. юрид. наук: спец.12.00.03 / В.П.Маковій. – Харків, 2007. – С. 5.

⁵ Скловский К. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России / К.И.Скловский // Хозяйство и право. – 2002. – №9. – С. 80-81.

визнають один одного особами і власниками, це передбачається»¹. Дану тезу підтримує Д.В. Дождєв. Він, зокрема, вказує, що визнання волі іншого, повага до автономії контрагента є однією з форм вираження власної автономії, заявлення про соціальну цінність власної особистості. Дотримуючись установлених правил поведінки, суб'єкт забезпечує дієвість свого волевиявлення, захист та міцність того чи іншого створеного ним соціального зв'язку. На рівні індивідуальних установок та ціннісних орієнтацій така конформність до принципів справедливості виражає поняття добросовісності. Цей психологічний аспект правової поведінки є продуктом принципу формальної рівності і співмірності у відносинах². Усі наведені визначення, попри певну відмінність у термінології, акцентують увагу на суб'єктивному характері *bona fides*, виходячи із сприйняття ситуації саме набувачем.

З визначенням володіння для давності та отримання власності після закінчення строку за певних умов пов'язані деякі правові наслідки, які дозволяють виявити його відмінності від набуття права власності в момент придбання речі від неповноважного відчужувача (ст. 330 ЦКУ). Добросовісне безперервне володіння на правах власника (як власним майном) упродовж набувальної давності призводить після спливу 5 років (10 років для нерухомості) до набуття власності. І з цього приводу слід зазначити, що кваліфікована дія володіння пов'язана з концепцією про видимість права³. Відтак не можна погодитися з твердженнями, що об'єктивний факт незаконності заволодіння майном при передачі від неповноважного відчужувача має обов'язково усвідомлюватися окупантом, що усуває добру совість останнього⁴.

Необхідно також наголосити на відмінності добросовісності для давності від характеристик цього явища у інших правовідносинах (зокрема, вказаних у ч. 6 ст.3 ЦКУ так званих об'єктивних добрих звичаїв⁵). Дійсно, навряд чи правильним було б змішувати такі цивільно-правові поняття, як добросовісність здійснення свого права (ст. 12 ЦКУ та відповідні статті цивільних кодексів інших країн) та добросовісність володіння (набуття речі), бо це може призвести

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права* / Г.В.Ф. Гегель Пер. с нем. / Ред. Д.А. Керимов и В.С. Нерсесянц. — М.: Мысль, 1990. — С. 128..

² Дождєв Д.В. *Добросовестность (bona fides) как правовой принцип / Политико-правовые ценности: история и современность* / Под ред. В.С. Нерсесянца / Д.В.Дождєв. — М.: Эдиториал УРСС, 2000. — С. 96-97.

³ Эртманн, П. *Основы учения о видимости права* / П.Эртманн ; Пер. с нем. А. А. Новицкой, А. Е. Польшиковой // *Вестник гражданского права*. — 2011. — № 4. — С. 280.

⁴ Северова Е.С. *Набувальна давність у цивільному праві України: питання застосування за матеріалами судової практики*. Є.С.Северова // *Науковий вісник Ужгородського національного університету Серія «Право»*. — 2011. — Вип. 17. — С. 115.

⁵ Бекназар-Юзбашев, Г. Т. *Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии*. Дисс. канд. юрид. наук 12.00.03 / Г.Т.Бекназар_Юзбашев. — М., 2010. — С. 11-15с.

до неправильних сутнісних висновків, що трапляється у окремих публікаціях¹. Добросовісність здійснення суб'єктивного права поряд із розумністю є тими чинниками, що визначають бажаний для суспільства порядок реалізації існуючого повноваження з урахуванням законодавства, соціальних моральних засад та інтересів інших осіб. Добросовісність у даній іпостасі має дуже багато складових і, у залежності від конкретних обставин, може мати різні прояви. Відтак, як вказував В.В.Вітрянський, закон практично не спроможний визначити критерії розумності, добросовісності та справедливості при здійсненні матеріальних прав². Натомість, добросовісність володіння чужою річчю характеризує не спосіб здійснення права, а його стан. На наше переконання, остання юридична категорія не може набувати занадто широкого тлумачення, котре б фактично ототожнювало його з не зловживанням правом, загальною повагою до правопорядку тощо. Відтак не можна погодитися, що недобросовісність особи у будь-якому разі може мати наслідком втрату можливості його захисту³.

Особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує давніше володіння, не отримує права власності поки даний строк не спливе. У такому разі вона набуває можливість утримувати річ не тому, що має відповідне суб'єктивне право, а незважаючи на відсутність його⁴. Саме дана характеристика виходить на перший план та надає добрій совісті безпосереднє (технічне, нормативне) значення. Під нею розуміється такий стан волі особи, який характеризується перепрошувальним незнанням об'єктивних перешкод для досягнення переслідуваної ним юридичної мети – набуття приватного права. Звісно, між доброю совістю в широкому та безпосередньому, технічному сенсі існує багато зв'язків, що дозволяє застосовувати всі відтінки цього поняття в кожному конкретному випадку⁵.

З проведеного в цій роботі дослідження можемо зробити певні висновки. Потреба у захисті обороту викликала необхідність розв'язання питань щодо співмірності правових заходів захисту власника та фактичного володільця. Але, насправді, в Україні на практиці часто має місце правозастосовна позиція на користь одного з цих двох суб'єктів, котрі, за великим рахунком, однаково

¹ Аксюк И.В. Добросовестность приобретения как основание как основание возникновения права собственности на недвижимость / И.В.Аксюк // Журнал российского права. – 2007. – №3. – С. 69-70.

² Вітрянський В.В. Новый Гражданский кодекс и суд / В.В.Вітрянський // Хозяйство и право. – 1997. – № 6 – С. 80.

³ Белов В. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права / В.Белов // Законодательство. – 1998. – N 8. – С. 49.

⁴ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права : Пер с нем. / Под ред. И.Б. Новицкого./Л. Эннекцерус – М.: Иностранная литература, 1950. – Т. 1, полутом 1. – С. 273.

⁵ Скловский К. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России / К.И.Скловский // Хозяйство и право. – 2002. – №9. – С. 89.

заслужують на захист інтересів. Тож, питання не вирішене однозначно. Це породжує низку негативних наслідків, зокрема, фактичне вибуття речі із матеріального обороту. Існуюча судова практика, часто невинувато надає перевагу неволодіючому власникові, і у такий спосіб зводить до мінімуму значення доброї совісті в обороті. Як результат, довіра до майнового обігу зменшується. Особливо то стосується практичних розбіжностей у застосуванні правила ст. 330 ЦКУ та відмежування її від інструментарію, передбаченого у ст. 344 ЦКУ (набувальна давність). Значною мірою це викликано недосконалістю нормативного розмежування двох вказаних правил щодо набуття права власності.

Ганна Гулевська,

к.ю.н., доцент,

*доцент кафедри права та соціально-гуманітарних дисциплін
Запорізького інституту економіки та інформаційних технологій
(Запоріжжя)*

ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ БІЗНЕСУ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Одним із наслідків суперечливих процесів глобалізації, що має відображення на рівні міжнародного та національного права, є актуалізація проблематики бізнесу та прав людини. Зростаючий вплив транснаціональних та інших підприємств, нагальна потреба у більш ефективному забезпеченні дотримання міжнародних стандартів прав людини призвели до розуміння «необхідності створення нової філософії міжнародного економічного права, з опорою на зобов'язання всіх членів ООН захищати права людини»¹.

Досвід універсального міжнародного регулювання діяльності корпорацій в аспекті прав людини сягає перших спроб у 70-80-х р. ХХ в., зокрема, розробки в рамках ООН проекту Примірного кодексу поведінки для транснаціональних компаній (Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, 1983р.). В подальшому були прийняті: Декларація МОП про основоположні принципи і права в сфері праці (1998 р.), Тристороння декларація принципів, що стосуються багатонаціональних корпорацій і соціальної політики (1977 р. з поправками 2000 і 2006 року), Керівні принципи ОЕСР для багатонаціональних підприємств 25 травня 2011 року «Захист, дотримання і засоби захисту: основні положення, що стосуються бізнесу і прав людини». Слід відзначити також 10 принципів Глобального договору ООН (Global Compact) ініційованого у 1999 році на Міжнародному економічному форумі в Давосі (Швейцарія) Генеральним секретарем ООН Кофі Ананом шляхом звернення до міжнародної економічної спільноти та Керівні принципи підприємницької

¹ Petersmann E.-U. Need for a new philosophy of international economic law and adjudication// Journal of international economic law. – Oxford, 2014. – Vol. 175, N 3. – P. 639–669.

діяльності в сфері прав людини: здійснення Рамкової концепції ООН «Захист, дотримання і засоби захисту» (2011). Останні «вперше визначають загальний стандарт, спрямований на запобігання та викорінення загрози негативного впливу діяльності корпорацій на права людини»¹ та закликають комерційні організації дотримуватися будь-яких прав людини, не дивлячись на те, що деякі з цих прав не закріплені а законодавчому рівні в тих чи інших країнах.

Зазначені міжнародні акти базуються на концепції «соціальної відповідальності бізнесу» і належать до норм soft law, не мають юридично обов'язкового характеру, отже, з однієї сторони оцінюються як «ефективна дорожня карта із дотримання корпораціями прав людини», з іншої – викликають незадоволення та сумніви щодо їх практичної реалізації. Найбільшу критику викликає саме «м'який» характер прийнятих актів та, як наслідок, «асиметрія в правовому регулюванні інтересів звичайних громадян і представників бізнесу». Остання полягає в тому, що «рекомендаційні акти, ігнорування яких не тягне відповідальності, по суті, означають всюдозволеність і безкарність для ТНК. Можливість стримувати світовий вплив великих компаній такими слабкими засобами, як добровільні акти, є малоймовірною. Рекомендаційний характер зобов'язань, безсумнівно, поступається масиву імперативних норм, що захищають інтереси великих ТНК»². Зазначимо, що питання забезпечення із допомогою юридичних механізмів відповідальності ТНК та інших комерційних компаній та правового захисту жертв порушень прав людини стало детермінуючим для останньої ініціативи міжнародної спільноти – підготовки проекту глобального міжнародного договору у сфері бізнесу та права, наділеного обов'язковою юридичною силою. З 2015 року вже відбулося два засідання Робочої групи ООН, до складу якої входять представники урядів, а також неурядових організацій та громадянського суспільства.

Експерти вказують на гострий дискусійний характер зазначеної пропозиції. Серед її прибічників – представники менш розвинених країн, для яких проблема захисту прав людини є більш гострою. У зв'язку з цим виникають сумніви, чи зможуть ці країни неухильно наслідувати умови договору по дотриманню прав людини. Держави, які виступають проти подібного договору, як правило схильні підтримувати Керівні принципи ООН, заявляючи, що новий договір залишиться обов'язковим тільки на папері і навряд чи змінить ситуацію на краше³.

Під час роботи робочої групи із підготовки проекту зазначеного міжнародного договору обговорювалася низка дискусійних та проблемних питань,

¹ Бизнес и права человека. – URL://www.ohchr.org/RU/Issues/Business/Pages/BusinessIndex.aspx

² Hernandez Zubizarreta J. The new global corporate law // State of power: An annual anthology on global power and resistance: Report. – Amsterdam, 2015. – 13 Jan. – P. 1–11.

³ Robertson D. An International Treaty On Business And Human Rights? // Mode of access: <http://www.conventuslaw.com/report/an-international-treaty-on-business-and-human/>

серед яких: можливість надання корпораціям та іншим представникам приватного сектору статусу суб'єктів міжнародного права; доцільність поширення норм договору не лише на транснаціональні корпорації, а й на національні – у зв'язку з цим висловлювалися побоювання, що в країнах з неефективним правовим регулюванням можуть бути створені нерівні умови між багатонаціональними корпораціями, які будуть дотримуватися міжнародних стандартів щодо прав людини, і національними, які в певних ситуаціях зможуть ухилитися від відповідальності (до речі, за оцінкою експертів, більшість компаній, які приділяють даній проблемі увагу, є транснаціональними, тоді як вкрай важливо залучати малий і середній бізнес¹); пропозиції поширити його дію на міжнародні фінансові установи, такі як МВФ та СБ; закріпити посилення на пріоритет прав людини над міжнародними інвестиційними договорами та торговими правилами та багато інших пропозицій. Більшість учасників наполягала на необхідності зміцнення «м'якого» законодавства «жорстким» законодавством. Поряд з тим висловлювалась думка про те, що більш пріоритетним є реалізація Керівних принципів, а не розробка нового міжнародного договору².

Отже, однією із тенденцій розвитку міжнародного регулювання відповідальності бізнесу в сфері прав людини є запит на більш «жорстке» правове регулювання. Складно визначити реалістичність та дієвість пропозиції «зміцнення» юридичної сили міжнародних актів щодо відповідальності бізнесу в сфері прав людини. На нинішньому етапі розвитку суспільної свідомості саме м'яко-правовий метод дозволив актуалізувати питання про права людини у міжнародному економічному праві, сформулювати з боку міжнародного співтовариства чіткі вимоги мінімізації можливих негативних наслідків діяльності транснаціональних компаній та інших компаній, та, найголовніше, залучити представників бізнесу до вирішення даних питань. У цьому сенсі норми soft law демонструють власну регулятивну цінність, оскільки дана сфера є прикладом можливої більшої дієвості м'яко-правового способу регулювання, зважаючи на те, що його ефективність забезпечується власною зацікавленістю бізнесу у реалізації концепції корпоративної відповідальності, навіть якщо в основі цієї зацікавленості – репутаційний інтерес.

Слід також підкреслити, що для найбільш ефективної реалізації проголошених міжнародних стандартів у сфері прав людини необхідним є посилення співпраці між державою, бізнесом та громадянським суспільством. Так, для практичної реалізації Керівних принципів з урахуванням національних особ-

¹ Бізнес и права человека. Интервью с директором Британского института международного и сравнительного права, профессором Робертом МакКорквудейлом (Robert MacCorquodale). – URL: <https://soc-otvet.ru/biznes-i-prava-cheloveka/>

² Доклад о работе первой сессии Межправительственной рабочей группы открытого состава по транснациональным корпорациям и другим предприятиям в аспекте прав человека, которой поручена разработка международного юридически связывающего договора. – URL: <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/24/PDF/G1601824.pdf?OpenElement>

ливість кожної країни було вирішено почати розробку національних планів дій (НПД). Першою країною, яка розробила і прийняла НПД, стала Великобританія. В даний час національні плани дій прийняли сім країн: Великобританія, Нідерланди, Італія, Данія, Іспанія, Фінляндія і Литва. Ще в 21 країнах такі плани знаходяться в стадії розробки, а в шести країнах йде дискусія про необхідність почати цей процес. З країн колишнього Радянського Союзу такі плани розробляють Азербайджан і Казахстан ¹. В цілому за останні п'ять років спостерігається все більше розуміння нерозривного взаємозв'язку між правами людини і бізнесу, приходять до висновку Жюстин Нолан. Опитування «The Economist» 853 старших корпоративних керівників у 2014 засвідчило, що 83 % респондентів погодилися з тим, що права людини – справа як бізнесу, так і урядів. Так що для деяких компаній формулювання питання змінилося із «Чи несемо ми відповідальність за вирішення проблеми прав людини?» на «Як ми це робимо, якою ціною, і з ким ми співпрацюємо у вирішенні існуючих проблем?» ².

На відміну від тенденції, що поширена у розвинутих країнах, аналіз офіційних дій української влади останніх років свідчить про «достатню вузьку та формальну постановку питання про зобов'язання бізнесу у сфері прав людини ... що призводить до того, що в цілому в Україні серед представників бізнесу відсутнє розуміння відповідальності бізнесу в сфері прав людини. Рідкісні приклади того, коли компанії заявляють про свою соціальну відповідальність ілюструють, що остання сприймаються ними виключно декларативно, як жест доброї волі» ³. Разом з тим, спостерігається підвищення уваги громадянського суспільства та науковців до зазначеної проблематики, отже, маємо надію на більш активну та ефективну реалізацію міжнародних стандартів у сфері підприємницької діяльності.

¹ Подольская В. О Национальных планах по реализации руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека. – URL: <https://soc-otvet.ru/o-natsionalnyh-planah-dejstvij-po-realizatsii-rukovodyashhih-printsipov-predprinimatelskoj-deyatelnosti-v-aspekte-prav-cheloveka/>

² Justine Nolan Business and Human Rights: The challenge of putting principles into practice and regulating global supply chains // Alternative Law Journal 2017, Vol. 42(1), 42–46. – URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981494

³ Бизнес и права человека в Украине: пилот. отчет: материалы в рамках круглого стола : «Бизнес и права человека: опыт стран V 4 и Балтийских стран для Украины» : 1-й Харьк. междунар. юрид. форум (3-6 окт. 2017 г., Харьков, Украина) / [Е.Уварова, Ю.Разметаева, М.Ясеновская и др.]; под ред. Е.Уваровой, Ю.Разметаевой. – Харьков: Право, 2017. – 132с., С. 13-14.

КОСМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ОБ'ЄКТ ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ

18 грудня 2017 р. вводиться в дію прийнятий 23.05.2017 Закон України «Про оцінку впливу на довкілля», з яким втрачає чинність Закон України «Про екологічну експертизу» від 09.02.1995. Підставою для змін, згідно із пояснювальною запискою, стало не забезпечення існуючою системою екологічної експертизи належного обсягу вивчення наслідків реалізації потенційно небезпечних для навколишнього природного середовища видів діяльності та не забезпечення ефективної участі громадськості у цьому процесі¹. Такі радикальні висновки базуються на неодноразовій критиці вітчизняного законодавства у цій сфері Народою сторін Конвенції про оцінку впливу на довкілля у транскордонному контексті (далі – Конвенція). Її зміст, викладений в рішеннях IV/2 2008 р., V/4 2011 р. та VI/2 2014 р. на 4, 5 та 6 сесіях², стосувався вдосконалення способів імплементації у чинний за законодавством України механізм оцінки впливу на довкілля не стільки нормами вказаної Конвенції, скільки положеннями Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція).

До того ж, незалежний огляд заходів правового, адміністративного та іншого характеру, вчинених Україною з ціллю виконання положень Конвенції, підготований за законодавством України станом на 2009 рік консультантом Комітету з виконання Конвенції, містить висновок про адекватність останній національних процедур оцінки впливу на навколишнє середовище з критикою лише відсутності регулювання питань про суб'єкта, час, зміст та підстави повідомлення заінтересованої сторони про потенційну транскордонну шкоду (пп. 42-52). При цьому, в частині рекомендацій щодо змін до законодавства міститься альтернатива або їх внесення до Закону України «Про екологічну експертизу», або у формі прийняття окремого порядку про оцінку впливу саме в транскордонному контексті³.

Вочевидь, вітчизняний законодавець знайшов третій шлях, прийнявши

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» від 03.06.2015. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55438

² Довідкова інформація щодо виконання міжнародних зобов'язань України в сфері оцінки впливу на довкілля та стратегічної екологічної оцінки. – URL: https://menr.gov.ua/files/docs/news/Broshure__2.pdf

³ Независимый обзор мер правового, административного и иного характера, принимаемых Украиной с целью осуществления положений Конвенции, 14-18.09.2009. – URL: <http://www.unecp.org/fileadmin/DAM/env/documents/2009/eia/ic/ece.mp.eia.ic.2009.5.r.pdf>

Закон України «Про оцінку впливу на довкілля», який містить норми щодо модернізації відносин з оцінки впливу на довкілля: по-перше, за рахунок розширення механізмів транспарентності цієї діяльності; по-друге, закріплення транскордонної оцінки впливу на навколишнє середовище, цим самим зробивши кроки в бік реабілітації відповідного законодавства «в очах» Народи сторін Конвенції.

Відзначаючи прогресивність законодавчих новел в першій частині, не можна те ж саме стверджувати про другу. Фактично ч. 2 ст. 14 зазначеного Закону дублює положення додатку III Конвенції¹, визначаючи критеріями діяльності, яка може піддаватися транскордонній оцінці, її місце, масштаби та можливі наслідки. Більше того, в ч. 5 ст. 3 даного Закону зазначається, що в обов'язковому порядку підлягають визначенню на предмет наявності підстав щодо здійснення оцінки транскордонного впливу лише види діяльності першої категорії², які є деталізованим переліком додатку I Конвенції. Отже, в частині регулювання оцінки впливу на довкілля в транскордонному контексті, Закон України «Про оцінку впливу на довкілля» передбачає лише дублювання норм Конвенції, ратифікованої Україною ще 19.03.1999.

В цей же час, в умовах модернізації процедурних аспектів оцінки впливу на довкілля за вказівками Народи сторін Конвенції, залишається не охопленим її регулюванням важливий матеріально-правовий аспект. У виправленні цієї ситуації, на нашу думку, Україна має потенціал відіграти роль ініціатора. За прикладом Великої Британії, яка 10.10.1997 ратифікувавши вказану Конвенцію, зробила застереження про те, що прогалиною є не включення до її Додатку I продукування вуглецю, на виправлення чого зголосилася внести відповідні пропозиції, Україна як одна із Народи сторін Конвенції³, керуючись п. «е» ст. 11, ст.14 Конвенції, може запропонувати іншим договірним сторонам доповнити Додаток I Конвенції космічною діяльністю.

Наукове підґрунтя для цього було розроблено Н. Р. Малишевою, яка посилаючись на відповідність вищезгаданим критеріям необхідності проведення оцінки впливу на довкілля в транскордонному контексті, обґрунтувала доцільність піддавати вказаній процедурі ракетно-космічну діяльність⁴. Підтримуючи цю позицію, слід зазначити, що, діяльність із запуску космічних об'єктів та

¹ Конвенція про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті. — URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_272

² Про оцінку впливу на довкілля: Закон України. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2059-19/print1478457214545341>

³ Для прикладу, Depository of Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, CHAPTER XXVII, STATUS AS AT: 22-10-2017. — URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII4&chapter=27&lang=en

⁴ Проблеми права екологічної безпеки: навч. посіб. / М. В. Краснова, Г. І. Балюк, А. Г. Бокова та ін. під заг. ред. М. В. Краснової та Р. С. Кіріна; відп. ред. В. І. Андрейцев; М-во освіти і науки України; Київ. нац. ун-т, Нац. гірн. ун-т. — Дніпро: НГУ, 2016. — 575 с. (С. 241-242).

забезпечення їх функціонування в космосі підпадає під визначення «транскордонний вплив», викладене у ст. 1 Конвенції, з огляду на те, що космічний об'єкт як джерело фізичного впливу знаходиться під юрисдикцією однієї держави, а у випадку невдалого запуску або неконтрольованого повернення може перебувати під юрисдикцією іншої держави, здійснюючи таким чином транскордонний вплив.

Разом з цим, наразі на шляху до впровадження цієї новели та її дієвості стоять значні перепони як внутрішнього, так і зовнішнього характеру.

Перша пов'язана з обмеженим підходом до окреслення видів космічної діяльності як об'єктів оцінки впливу на довкілля за національним законодавством. Вказане виражається в тому, що до переліку об'єктів та видів діяльності, які становлять підвищену екологічну небезпеку, та, на підставі постанови КМУ від 13.08.2013 № 808 і ч. 3 ст. 13 ЗУ «Про екологічну експертизу», підлягають обов'язковій державній експертизі, серед видів діяльності, які можна віднести до космічної, належать лише виробництво, зберігання, утилізація і знищення ракетного палива¹. Таким чином, поза оцінкою залишилися створення та застосування космічної техніки, використання космічного простору, які становлять зміст космічної діяльності.² На наше переконання, екологічно шкідлива космічна діяльність як для навколишнього природного середовища, так і для навколосемного космічного простору, не може залишатися поза межами процедури екологічної експертизи. Але, на жаль, зі змінами законодавства у цій сфері ситуація не змінилась, адже згідно з п. 11 ч. 3 ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», «...виробництво, утилізація і знищення... ракетного палива...» не підлягає обов'язковому розгляду щодо наявності підстав для здійснення оцінки транскордонного впливу на довкілля³, не говорячи вже про інші, не менш шкідливі в транскордонному контексті, види космічної діяльності. Таким чином, незважаючи на вдосконалення форми проведення оцінки впливу на навколишнє природне середовище відповідно до конвенційних норм, в Законі «Про оцінку впливу на довкілля», як і в Законі «Про екологічну експертизу», не забезпечується належний обсяг вивчення наслідків реалізації такого потенційно небезпечного для довкілля виду діяльності як космічна.

Друга перепона ефективній оцінці космічної діяльності обумовлена локальністю дії цього механізму серед космічних держав, яка проявляється в

¹ Про затвердження переліку видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку: постанова КМУ № 808 № 23.08.2013 зі змінами внесеними згідно з Постановою КМУ № 1160 від 30.12.2015, Офіційний вісник Україн від 19.11.2013, № 87, стор. 112, стаття 3221, код акту 69860/2013.

² Про космічну діяльність: Закон України, введений в дію Постановою ВРУ N 503/96-ВР від 15.11.96 зі змінами внесені ЗУ N 901-VIII від 23.12.2015, Відомості Верховної Ради України, 1997, N 1, ст. 2.

³ ЗУ «Про оцінку впливу на навколишнє середовище» від 18.02.2016. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2009%D0%B0-%D0%B4&skl=9

тому, що держави, які володіють найбільшою кількістю космічних об'єктів, що можуть нанести транскордонну шкоду (Російська Федерація та США), хоч і підписали, але ще не ратифікували Конвенцію¹, а КНР, чия 8,5-тонна космічна станція Таньгун-1 наразі неконтрольовано рухається до Землі², взагалі не є її учасником.

Як висновок слід зазначити, що у сфері оцінки впливу на довкілля, в тому числі і в транскордонному контексті, Україна повинна зайняти самостійну та ініціативну позицію, яка має спрямовуватися на вдосконалення не лише процедурних, але й матеріальних аспектів. Одним із резервів для такого вдосконалення може бути закріплення космічної діяльності як об'єкта такої оцінки. Більше того, правова прогалина щодо регулювання цього питання на рівні міжнародного права обумовлює необхідність орієнтування всіх космічних держав на екологічно безпечну та відповідальну діяльність, яка могла б регулюватись як їх внутрішніми, так і міжнародними договірними нормами, сформованими уже на основі узагальнення кращих практик такої діяльності. В цьому процесі, на наше переконання, Україна має потенціал зайняти одне з центральних місць.

Тетяна Демченко,
*аспірантка відділу проблем державного управління
і адміністративного права
Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ДО ПИТАННЯ ПРО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПАТРОНАТНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

Становлення та розвиток патронатної служби в незалежній Україні бере свій початок від набрання чинності Законом України від 16 грудня 1993 року № 3723-ХІІ «Про державну службу»(надалі-Закон). Згідно зі статтею 15 цього Закону, Президент України, Голова Верховної Ради України, члени Уряду України, глави місцевих державних адміністрацій мали право самостійно добирати та приймати осіб на посади своїх помічників, керівників прес-служб, радників і секретарів згідно з штатним розписом і категорією, що відповідає посаді (так звана патронатна служба). Порядок перебування на державній службі таких осіб встановлюється відповідними органами.³

¹ Depository of Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, CHAPTER XXVII, STATUS AS AT : 22-10-2017. – URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-4&chapter=27&lang=en

² «Загибель небесного палацу»: китайська космічна станція безконтрольно падає на Землю. – URL: <https://www.5.ua/svit/kytajska-kosmiczna-stantsiia-nezabarom-vpade-na-zemliu-157257.html>

³ Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-ХІІ «Про державну службу». – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3723-12>

У розвиток означеного Закону Концепція адміністративної реформи в Україні 1998 року передбачала право міністра формувати власну патронатну службу. Патронатна служба міністра, як його особистий апарат, мала бути спрямована на підготовку необхідних матеріалів для міністра, організацію його контактів з громадянськістю та засобами масової інформації. Водночас, вона повинна була виконувати роль сполучної ланки між міністром та колективом службовців – апаратом міністерства, а також між певним міністром та іншими міністрами.¹

З метою організації забезпечення діяльності членів Кабінету Міністрів України та у відповідності із ст. 15 Закону 19 травня 1999 року була прийнята постанова Кабінету Міністрів України № 851 «Про затвердження Порядку перебування на державній службі працівників патронатної служби членів Кабінету Міністрів України та голів місцевих державних адміністрацій», яка, до речі, аж до 2016 року регулювала питання організації та діяльності патронатної служби міністра.²

З прийняттям у 2008 році Закону України «Про Кабінет Міністрів України» було враховано положення вищезгаданих Концепції та постанови Кабінету Міністрів України та передбачено, що для здійснення Прем'єр-міністром України своїх повноважень у складі Секретаріату Кабінету Міністрів України утворюється патронатна служба – апарат Прем'єр-міністра України, керівник якого призначається на посаду та звільняється з посади в установленому порядку Кабінетом Міністрів України. Патронатна служба міністра України, який очолює міністерство, утворюється у складі центрального апарату міністерства. Працівники патронатної служби призначаються на посаду та звільняються з посади міністром.³

Разом з тим, існує низка спеціальних нормативно-правових актів, які регулюють питання проходження патронатної служби: положення про Радника Президента України, затвержене указом Президента України від 12 листопада 2014 року № 870/2014; постанова Верховної Ради України від 13 жовтня 1995 року № 379/95-ВР «Про затвердження Положення про помічника-консультанта народного депутата України»; постанова Центральної виборчої комісії від 3 червня 2016 року № 182 «Про структуру і чисельність Секретаріату та патронатної служби Центральної виборчої комісії, Служби розпорядника Державного реєстру виборців»; порядок проходження дипломатичної служби

¹ Указ Президента України від 22 липня 1998 року № 810/98 «Про заходи впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні». – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/810/98/print1507108352017768>

² Постанова Кабінету Міністрів України № 851 «Про затвердження Порядку перебування на державній службі працівників патронатної служби членів Кабінету Міністрів України та голів місцевих державних адміністрацій». – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/851-99-%D0%BF>

³ Закон України від 16 травня 2008 року № 279-VI «Про Кабінет Міністрів України». – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/279-17>

працівниками патронатної служби Міністра закордонних справ, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2002 року № 1753; стаття 12 Закону України від 17 березня 2011 року № 3166-VI «Про центральні органи виконавчої влади». Проходження патронатної служби помічниками суддів врегульоване Законом України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів».

З метою приведення системи державного управління відповідно до європейських стандартів Кабінетом Міністрів України напрацьовано Стратегію реформування державного управління України на 2016-2020 роки та 24 червня 2017 р. прийнято розпорядження №474-р «Деякі питання реформування державного управління України». А 10 грудня 2015 року Верховною Радою України ухвалюється новий Закон України № 889-VIII «Про державну службу». Цей закон вивів патронатну службу за межі державної, що стало важливим досягненням на шляху формування ефективної, організованої та професійної публічної адміністрації.

Так, згідно статті 92 означеного закону до посад патронатної служби належать посади радників, помічників, уповноважених та прес-секретаря Президента України, працівників секретаріатів Голови Верховної Ради України, його Першого заступника та заступника, працівників патронатних служб Прем'єр-міністра України та інших членів Кабінету Міністрів України, помічників-консультантів народних депутатів України, помічників та наукових консультантів суддів Конституційного Суду України, помічників суддів, а також посади патронатних служб в інших державних органах. Було визначено, що працівник патронатної служби призначається на посаду на строк повноважень особи, працівником патронатної служби якої він призначений. Трудові відносини з працівником патронатної служби припиняються в день припинення повноважень особи, працівником патронатної служби якої він призначений.¹

Однак, законодавчого визначення патронатної служби і на сьогодні не існує. Разом з тим, автори одного із науково-практичних коментарів до Закону України «Про державну службу» під патронатною службою пропонують розуміти трудову зайнятість осіб, які працюють помічниками, радниками та іншим допоміжним персоналом осіб, що займають державні політичні посади. До патронатної служби, відокремленої від державної служби, згідно з коментарем Законом також віднесена діяльність осіб, які працюють помічниками та іншим допоміжним персоналом суддів. Ключовими ознаками патронатної служби, зокрема у «політичних кабінетах» є: призначення на посади без кваліфікаційних вимог на розсуд керівника («патрона») та звільнення з посади на розсуд керівника; обмеженість максимального строку перебування на посаді строком повноважень керівника.²

¹ Закон України від 10 грудня 2015 року № 889-VIII «Про державну службу». – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/889-19/paran937#n937>

² Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / Андрійко О.Ф., Битяк Ю.П. – К.: 2017. – URL: <http://pravo.org.ua/img/zstored/files/%D0%9A%>

Водночас, залишилася невизначеною низка базових питань, пов'язаних із специфікою проходження патронатної служби та визначення статусу працівників патронату.

До того ж, на нашу думку, практика намагань врегулювати відносини патронатної служби різними нормативними актами є не досить вдалою. Відтак, доцільним є прийняття спеціального нормативно-правового акту, який створить законодавчу основу для діяльності патронатних службовців.

Аль-Шару Джихад,

*аспірант отдела международного права и сравнительного правоведения
Института государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины*

ПРОЦЕДУРЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОМИТЕТА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Одной из основных процедур деятельности Комитета по правам человека является рассмотрение докладов государств. Как подчеркивал Б.Г. Манов, «рассмотрение докладов является основным методом в механизме содействия реализации Международного пакта о гражданских и политических правах»¹. Т.Л. Сироид считает, что «рассмотрение докладов составляет наиболее важную форму наблюдения за выполнением государствами своих обязательств относительно Пакта»².

В рамках сотрудничества между договорными органами системы ООН в сфере прав человека было инициировано создание унифицированных Руководящих принципов относительно формы и содержания докладов государств-членов. Эта идея была реализована на Пятом межкомитетном совещании договорных органов по правам человека, который проходил 21–26 июля 2006 г. в Женеве. По результатам этого совещания были приняты Согласованные Руководящие принципы предоставления докладов органам по надзору за соблюдением международных договоров по правам человека (далее – Согласованные Руководящие принципы). Согласно п. 1 этих Принципов, они должны служить ориентиром, в частности, и для государств-участников Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – МПГПП).

D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B0%D1%80%20%D0%94%D0%A1%20
%D0%B4%D0%BB%D1%8F%20%D1%81%D0%B0%D0%B9%D1%82%D1%83_19_09_2017_
%D0%BF%D0%B4%D1%84.pdf

¹ Манов Б.Г. ООН и содействие осуществлению соглашений о правах человека. Отв. ред.: Чиквадзе В. М. – М.: Наука, 1986. – 112 с. (С. 71).

² Сироїд Т.Л. Міжнародні універсальні контрольні органи захисту прав людини: сучасний стан та перспективи розвитку // Міжнародне право XXI століття: сучасний стан та перспективи розвитку (до 60-ліття проф. В.М. Репецького) / М.М. Микієвич, М. В. Буроменський, В. В. Гутник [та ін.]; за ред. д.ю.н., проф. М.М. Микієвича. – Львів: ЛА «Піраміда», 2013. – С. 222–236 (С. 228).

Как отмечает Р.О. Куликов, анализируя законодательство государств относительно ограничения прав человека, на которые они ссылаются в своих докладах, представляемых Комитету, можно прийти к выводу, что преимущественно при выполнении своих обязательств относительно защиты прав человека, в нем «...применяется предостережение о публичном порядке, согласно которому такое выполнение обязательств не должно причинять или противоречить основам социального порядка соответствующей страны»¹.

Аналогичное мнение по этому поводу не раз высказывал в ходе своей работы и Комитет. Так, в своем докладе Генеральной Ассамблеи ООН в 1977 г. Комитет отметил, что обсуждение им докладов государств будет полноценным лишь в том случае, если при рассмотрении законодательных и административных положений будут учитываться экономические, социальные и культурные условия, которые существуют в каждом отдельном государстве².

Целесообразность учета всех этих факторов, как отдельно, так и в совокупности, нашло свое отражение в правовых актах, которые являются юридическими основаниями деятельности Комитета. П. 2 ст. 40 МПГПП было установлено, что государства могут указывать в своих докладах «факторы и трудности, если такие имеют место, которые влияют на реализацию Пакта»³. По мнению автора, такой подход является верным.

В этом случае необходимо учитывать, что Комитет, принимая решения, непосредственно не занимается его выполнением, как и не определяет формы и порядок имплементации положений МПГПП. Совершение действий, связанных с практической реализацией и обеспечение выполнения обязательств согласно МПГПП, возлагается на государства. Они должны достичь конкретной цели: выполнение решения Комитета или же имплементировать положения МПГПП, а способ достижения этих целей государства определяют уже самостоятельно.

Следует положительно оценить применение данной процедуры. Во-первых, она является свидетельством того, что Комитет по правам человека является открытым для реформ и внесения прогрессивных изменений в процедуры своей деятельности. Во-вторых, она является ответом на реальные проблемы, которые возникают в ходе функционирования Комитета и призвана содействовать оптимизации его деятельности. Можно ожидать, что в дальнейшем она станет более применимой.

¹ Куликов Р.О международно-правовой ответственности за нарушение прав человека. – М.: Междунар. отношения, 1979. – 96 с. (С. 42).

² Report of the Human Rights Committee of the 30 September 1977 // General Assembly Official Records: Thirty Second Session. Supplement № 44 (A/32/44). – New-York: United Nations, 1977. – 72 p. (P. 34).

³ UN DOC: A/RES/2200A(XXI) «Международный пакт о гражданских и политических правах» от 16 декабря 1966 г. – URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

Другой процедурой является рассмотрение двух видов сообщений о нарушении прав и свобод, закрепленных в МПГПП 1966 г.: те, которые поступают от государств-участников МПГПП и индивидуальные сообщения от граждан государств-участников. Оба этих механизма направлены на обеспечение соблюдения государствами взятых на себя обязательств согласно МПГПП по искоренению расовой дискриминации. Необходимо подчеркнуть, что, рассматривая сообщение от государств, Комитет по правам человека выступает посреднической инстанцией, наделенной полномочиями содействовать добровольному урегулированию спора.

Процедура рассмотрения индивидуальных сообщений о нарушении проходит несколько стадий, которыми являются: получение и регистрация сообщений; решение вопроса о приемлемости сообщения; рассмотрение сообщения по сути. В любом случае на всех этапах Комитет применяет подходы, направленные на создание для сторон одинаково равных условий. Как отмечают Р. Хански и М. Шейнин, процедура по Протоколу I к МПГПП основывается на двух основных принципах: принципе равенства средств и принципе *audiatur et altera pars* (лат. — *необходимость выслушать и другую сторону*)¹. Это мнение исследователей подтверждает анализ процедуры рассмотрения сообщений.

Рассмотрение индивидуальных сообщений о нарушении является важнейшим полномочием Комитета по правам человека. Это — уникальная международная процедура, когда согласно универсальному международному договору по правам человека, создана возможность для физических лиц защищать свои права и свободы непосредственно в международном органе, с наиболее широкой предметной сферой деятельности среди других договорных органов в этой сфере. Активность лиц по представлению сообщений в Комитет, а также внимание, которое этот орган уделяет данному вопросу, подтверждают, что именно данная процедура в будущем будет определять направления развития его деятельности.

Пилип Демченко,

*Аспирант відділу конституційного права та місцевого самоврядування,
Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПРАВОВІ ОСНОВИ КІБЕРНЕТИЧНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК ГАРАНТІЇ БЕЗПЕКИ ВИБОРЧОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ

Сьогодні в Україні та в світі в цілому гостро встає проблема щодо забезпечення кібернетичної безпеки. Це обумовлено стрімким розвитком науково-технічного прогресу та використанні його досягнень у житті держави. Врахову-

¹ Прецедентные дела Комитета по правам человека / Сост. Р. Хански, М. Шейнин. — Турку-Або: Институт прав человека при Университете Або Академи, 2004. — 484 с. (С. 129).

ючи те, що в Україні та світі масово застосовується використання компютерної та електронної техніки в діяльності механізму держави та що найважливіше – при забезпеченні прямої демократії.

На сьогодні багато прикладів втручання до виборів у різних державах через кіберпростір. Так, через хакерські атаки на електронну інфраструктуру в 2010 році вибори в М'яні були визнані нелегітимними в більшості країн світу¹. В США втручання через кібернетичний простір під час президентських виборів в цій країні у 2016 році поставило під питання у американському суспільстві легітимність обрання кандидата від республіканської партії США Дональда Трампа². При проведенні виборів у Франції в травні 2017 року через кібернетичну загрозу Урядом цієї держави, за рекомендацією Міністерства внутрішніх справ, було прийнято рішення про відмову від електронного голосування в заморських територіях не дивлячись на високий рівень підготовки до кібернетичних атак³.

Актуальність забезпечення кібернетичної безпеки виборчого процесу для України пов'язана з наступними причинами: реалізація концепції електронного урядування Кабінетом Міністрів України, наявність електронної автоматизованої інфраструктури «Державний реєстр виборців», діяльність котрого регулюється Законом від 22.02.2007 р., пропозиції ЦВК щодо реалізації концепції електронних виборів в Україні після 2020 року. Але реальні умови загрози суверенітету та територіальній цілісності України, стрімкий розвиток кіберзлочинства в світі та використання новітніх видів кібернетичної зброї провідними військовими державами світу (в тому числі Російською Федерацією) ставить першочерговим завданням забезпечення кібернетичної безпеки використання електронної інфраструктури як щодо виборчого процесу, так і для діяльності механізму держави в цілому⁴.

Варто зазначити, що в Україні є власний досвід забезпечення кібернетичної безпеки. При парламентських виборів 25 жовтня 2014 року, хакерською групою «Кіберберкут» була здійснена кібернетична атака на сайт ЦВК. При цьому, структурними підрозділами СБУ та Держспецв'язку були успішно усунені неполадки в його роботі та запобігання подальшого втручання в виборчий процес, що вказує на високий рівень підготовки вітчизняних спеціалістів з кібернетичної безпеки.

Для реалізації захисту власних інтересів, одним з перших рішучих кроків

¹ Кибервойны XXI века: самые громкие случаи применения кибернетического оружия. – URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2729773>

² Атаки российских хакеров во время выборов в США затронули 39 штатов LB.Ua. – URL: https://lb.ua/world/2017/06/13/368948_ataki_rossijskih_hakerov_vremya.html

³ Из-за кибератак Франция отказалась от электронного голосования на выборах Голос. UA. – URL: http://ru.golos.ua/politika/izza_kiberatak_frantsiya_otkazalas

⁴ Демченко П.С. Інформаційно-електронна безпека виборчого процесу: українські реалії та зарубіжний досвід (на прикладі президентських виборів в США 2016 р. та Франції 2017 р.) // «Економіка, фінанси і право» №8/1'2017.

на забезпечення правової основи кібернетичної безпеки, було проведення взаємодії між Україною та НАТО у середині 2000 – 2010 років. В цілому, Україна є першою позаблоковою державою, яка почала експертні консультації на високому рівні і заявила зацікавленість щодо участі в розробці міжнародно-правових документів з даного питання. В ході даної співпраці, 7 травня 2009 року в м. Брюссель були проведені комітетні засідання з питань кібернетичного захисту, на яких представниками північноатлантичного альянсу для України було рекомендовано розробити власну національну стратегію протидії кібернетичним загрозам, розвитку інфраструктури кібернетичного захисту та системи реагування на такі загрози. Крім того, було заявлено про можливість встановлення взаємодії як окремих інституцій НАТО (Комітет планування цивільного захисту), так і окремих держав альянсу (Туреччина, Естонія, Фінляндія)¹.

На сьогодні в Україні до правової основи кібернетичної безпеки можна віднести Конституцію України від 28.06.1996, Закони України «Про основи національної безпеки» від 19.06.2003 р; «Про інформацію» від 02.10.1992 р., «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» від 05.07.1994, Указ Президента України «Про рішення РНБО від 06.05.2015 р., «Про стратегію національної безпеки України» від 26.05.2015 р № 287/2015, Указ Президента України «Про рішення РНБО від 02.09.2015 р.,»Про нову редакцію Воєнної доктрини» від 24.09.2015 р. №555/2015, Указ Президента України «Про рішення РНБО від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України» від 15 березня 2016 року №96/2016, Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 05.10.2017 року².

Норми Конституції України мають основоположний характер в регулюванні кібернетичної безпеки через її вищу юридичну силу. Але в той же час формулювання законодавства може визвати деякі спірні питання. Відповідно ст.17 та ст.18 захист суверенітету та територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави та справу всього народу, в свою чергу зовнішньо політична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів та безпеки шляхом підтримання мирного та взаємного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальними принципами та нормами міжнародного права. Крім того, Конституція України визначає функцію забезпечення кібернетичної безпеки в рамках національної безпеки за вищими органами держави: п.3 ч.1 ст.85; п.17 ч.1 ст.92 Конституції України – щодо повноважень Верховної Ради України, пп.1,12,18,21 ч.1 ст.106 Конституції України – щодо повноважень Президента України; ст.107 Конституції України – щодо специ-

¹ Кандауров С.М. Питання кібернетичної безпеки. Взаємодія України і НАТО у сфері кібернетичної безпеки. – URL: <http://www.uan.ua/ua/content/%D0B8>

² Кандауров С.М. Питання кібернетичної безпеки. Взаємодія України і НАТО у сфері кібернетичної безпеки. – URL: <http://www.uan.ua/ua/content/%D0B8>

фіки діяльності Ради Національної Безпеки України; пп.1,7 ч.1 ст.116 Конституції України – щодо повноважень Кабінету Міністрів України.

Аде враховуючи людиноцентриський підхід для визначення доктрини існуючої Конституції України, існує «тонка межа» де захист національних інтересів може призвести до порушення прав і свобод людини і громадянина. У такому випадку, потрібно враховувати, що специфіка інформаційної безпеки людини ґрунтується передусім на чітких та дієвих конституційно – правових гарантіях, які закріплені у ст.15;21;28;31;32;34;41;54 Конституції України. Особливу увагу при складанні законодавчих актів слід приділити необхідно враховувати невичерпаність прав і свобод людини та громадянина в Україні, а також свободи інформації, думки та слова. Забезпечення дотримання даних гарантії буде вести до гармонійного поєднання інтересів держави і особистості¹.

Особливу характеристику із законодавчого масиву нормативно – правових актів в сфері регулювання кібернетичної безпеки необхідно визначити Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р. В даному Законі комп'ютерна злочинність та комп'ютерний тероризм визначаються одними із основних загроз національної безпеки України (ст.7). Крім того, забезпечення інформаційного суверенітету України, а також затвердження ряду гарантій прав і свобод, пріоритетів в розвитку інформаційної сфери визначаються основними напрямками державної політики в питанні національної безпеки (ст.8)².

Фактично першим нормативно-правовим актом в сфері регулювання кібернетичної безпеки стало Рішення РНБО від 27 січня 2016 року «Про стратегію кібернетичної безпеки», введеної в дію указом Президента України від 15 березня 2016 року. Метою даної стратегії є створення умов для безпечного використання кібернетичного простору, його використання в інтересах особи, суспільства та держави. В рамках пункту 4 «Пріоритети та напрями забезпечення кібербезпеки України» Стратегії кібернетичної безпеки були визначені основні пріоритетні напрями її розвитку, яка закріплює необхідність вдосконалення існуючої та створення нових електронних інфраструктур, забезпечення підготовки кадрів та міжнародного співробітництва в галузі кібернетичної безпеки (в першу чергу ЄС та НАТО)³.

Один із нещодавно прийнятих нормативних актів щодо забезпечення кібернетичної безпеки в Україні є Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 05.10.2017 року. В даному законі представ-

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. №294к/ВР-96. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

² Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р №964-IV. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/964-15>

³ Указ Президента України «Про рішення РНБО України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України» від 15 березня 2016 року №96/2016. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/96/2016>

лений чіткий категоріальний апарат, щодо визначення суттєвих понять, які пов'язані з забезпечені безпеки при використанні електронних пристроїв та електронно-цифрових систем ІІ. Важливе є також те, що в перше на законодавчому у п.5 ч.1 ст.1 рівні було закріплено термін «кібербезпека» – захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечується сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікаційного середовища, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних і потенційних загроз національної безпеки України у кіберпросторі¹.

Важливо також зазначити, що окрім функції та завдань кібернетичної безпеки, законодавством встановлюється національна система кібернетичної безпеки України, яка складається з наступних органів: Міністерство оборони України, Генеральний штаб ЗСУ, Служба безпеки України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту, Національна поліція та НБУ. Крім того, первинною інституцією в реагуванні на загрози кібернетичного характеру покладено створену ще у 2007 році урядову команду первинного реагування на комп'ютерні надзвичайні події України – CERT-UA, яка входить до Держспецзв'язку.

Таким чином, можна зробити висновки що на сьогодні в Україні існує розвинута законодавча основа щодо регулювання відносин в сфері кібернетичної безпеки. Втім для досягнення його ефективного розвитку необхідно забезпечити прийняття відповідних підзаконних актів з детальним описом завдань та повноважень органів державної влади; забезпечити створення їхніх структурних підрозділів та підготовку кадрів. В свою забезпечення безпеки виборчого процесу потребує розробку вітчизняної електронно-програмної інфраструктури з забезпечення кібернетичної безпеки.

Віталій Дудін,

*аспірант кафедри галузевих правових наук
Київського університету права НАН України
(Київ)*

ГНУЧКІ ФОРМИ ЗАЙНЯТОСТІ У ПРОЕКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Імпульсом для поширення нетипових і гнучких форм зайнятості в останні роки стала політична нестабільність². Одним із головних завдань проекту Трудового кодексу України №1658 (проект ТКУ) видається врегулювання від-

¹ 9. Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 05.10.2017 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55657

² Морозов С. В. Гнучкість ринку праці та його перспективні форми в умовах реформування законодавства про працю / С. В. Морозов // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2016. – URL: http://www.lj.kherson.ua/2016/pravo02/part_1/37.pdf. – С.154.

повідних відносин. Б.А. Римар¹ до найбільш розповсюджених форм нетипової зайнятості відносить: – дистанційну роботу; – тимчасову роботу; – позикову працю; – роботу за викликом; – зайнятість на умовах гнучких форм організації робочого часу; – надомну працю та ін. Ці види знайшли своє часткове відображення у проекті ТКУ.

1. Тимчасова робота.

1.1. Строковий трудовий договір (статті 57-59). У проекті ТКУ відсутнє правило про необхідність об'єктивних факторів для укладення строкових договорів. Їх укладення можливе, зокрема, на час виконання певного обсягу чи виду роботи, строк закінчення якої не може бути визначений конкретною датою. Також укладати такі договори можливо з педагогами, науковцями, журналістами або ж за ініціативою працівника.

Такі передбачені профільною директивою ЄС² запобіжники проти зловживань, як максимальний термін строкових трудових, відносин відсутній. Згідно ст.109 Трудового кодексу Литви³, такий термін складає не більше 5 років. Відзначимо, що у Швеції⁴ свого часу було запроваджено обмеження на кількість тимчасових працівників (до 5 на підприємстві).

Якщо перерва між звільненням та прийняттям на роботу становить більше двох тижнів, то трудовий договір не визнається безстроковим. Як вказує практика Суду ЄС таке негнучке визначення на користь роботодавцю⁵. У законодавстві Фінляндії говориться про «короткотривалу» перерву.

1.2. Строковий трудовий договір тривалістю до двох місяців. Ст.79 проекту ТКУ передбачає спрощені умови для звільнення працівників: з мотивів одноразового невиконання чи неналежного виконання обов'язків. Розірвання трудового договору здійснюється без погодження з профспілкою (ст.113) і без надання пояснень (ст.112).

Міжнародна організація праці⁶ вважає таку диференціацію зайвою, «якщо в Україні немає безумовних причин» для встановлення таких особливостей.

¹ Римар Б. А. Новітні форми зайнятості: практика застосування / Богдан Анатолійович Римар. // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Випуск 37 (2). – 2016. – С. 88–91.

² Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0070>

³ Labour code of the Republic of Lithuania // Lietuvos Respublikos Seimo. – 2012. – URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.391385?jfwid=vvcyq2dzu>

⁴ Eklund, R. Deregulation of Labour Law – the Swedish Case, *Juridisk Tidskrift*, 1998-99, pp. 531-551. – P.536.

⁵ Pérez del Prado D. Fixed-Term Contracts, at the Light of EU Law and the ECJ's Case Law / Daniel Pérez del Prado // European Judicial Training Network. – 2016. – URL: <http://www.ejtn.eu/PageFiles/6333/Fixed%20term%20contracts.pdf>

⁶ Меморандум технічних зауважень до проекту Трудового кодексу України (2015) (неофіційний переклад), підготовлений Міжнародною організацією праці // American Chamber

2. Дистанційна зайнятість.

Робота вдома (стаття 42). Робота вдома (надомна праця) можлива, якщо працівник «має для цього необхідні умови, що відповідають вимогам охорони праці, пожежної безпеки і санітарно-гігієнічним вимогам». Трудовим договором про роботу вдома може бути передбачено використання працівником власного обладнання та інструментів з відповідною компенсацією за їх зношення (амортизацію), а також відшкодування інших витрат, пов'язаних з виконанням роботи вдома: плати за електроенергію, водопостачання тощо.

Не зовсім вірним видається використовувати термін «надомна праця». У сучасному трудовому законодавстві вживається термін *telework* – робота, що виконується у будь-якому місці за межами підприємства. Дистанційна зайнятість є більш широким поняттям за надомну працю¹. Водночас у ст.32 проекту ТКУ мова йде про дистанційних працівників, як про осіб, що виконують роботу за допомогою інформаційно-комунікаційних систем (ІКТ). У ст.149 і дистанційні працівники, і працюючі вдома наділяються правом самостійно планувати свій робочий час (при умові дотримання строків). Стаття 226 регулює питання оплати праці за трудовим договором з умовою про роботу вдома або дистанційно (на зарплати має поширюватись дія галузевих угод). Статус цих категорій працюючих є схожим.

Для роботодавців використання таких договорів буде вигідним з ряду причин: 1) економія на обладнанні робочих місць і зниження собівартості продукції; 2) атомізація працівників і унеможливлення створення профспілки.

Європейські профспілки критикують таку форму зайнятості: це сприяє ізоляції працівників; нереалістичні дедлайни призводять до перепрацювань; згодом цивільно-правові угоди можуть замінити трудові договори; нерідко телеробота виступає доповненням до звичної роботи на підприємстві². ІКТ мало вплинули на збільшення робочих місць, вказує дослідження ОЕСР³.

Та навряд профспілки повинні боротись проти дистанційної роботи. Тим паче, що вже у 90-ті роки були спроби організувати роз'єднаних працівників. Використання Інтернету дозволяє об'єднати працюючих через кордони⁴.

of Commerce in Ukraine. – 2016. – URL: http://publications.chamber.ua/2016/HR/Ukraine%20Labour%20Law%20draft%20Tech%20Mem_April%202016.pdf. – С.141.

¹ Демченко О.В. Інституційні перешкоди щодо легалізації нових форм зайнятості в Україні / О.В. Демченко // Вісник Харківського національного університету імені В.Н.Каразіна. Серія : Право. – 2013. – № 1082, вип. 16. – С. 355-357. – URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhIPR_2013_1082_16_94. – С.356.

² *Telework in the European Union* // Eurofound. – 2010. – URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf. – P.10.

³ *Employment Outlook 2017* // OECD. – 2017. – URL: http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017_empl_outlook-2017-en. – P.82.

⁴ Bibby A. *Trade unions and Telework* / Andrew Bibby // Andrew Bibby. *Writer and journalist*. – 1996. – URL: <http://www.andrewbibby.com/docs/textonly.pdf>. – pp.45–46.

3. Зайнятість на умовах гнучких форм організації робочого часу.

Також можна виділити інші гнучкі форми праці, закріплені у проекті ТКУ, що встановлюються за згодою сторін трудових відносин: неповний робочий час (ст.135); чергування працівників (ст.140); підсумований облік робочого часу (ст.145); поділ робочого дня на частини (ст.146); гнучкий режим робочого часу (ст.147); робота на умовах ненормованого робочого часу (ст.156).

Не врегульовані цим кодексом такі відомі зі світового досвіду форми зайнятості, як поділ роботою, 0-годинний робочий день, аутсорсинг тощо.

Дискусійним є питання, чи можна вважати ще однією формою гнучкої зайнятості працю **на умовах цивільно-правових договорів (ЦПД)**:

а) ЦПД з фізичною особою про виконання роботи (ч.6 ст.5 проекту ТКУ) без поширення законодавства про охорону праці;

б) ЦПД з фізичною особою про виконання обов'язків члена органу управління юридичної особи; ЦПД про виконання зобов'язання фізичною особою з поширенням норм про охорону праці (ч.7 ст.5).

Звісно, ЦПД не є предметом регулювання проекту ТКУ. Однак він визнає умови і рамки їх застосування. Можна казати про виникнення особливого різновиду відносин: трудові відносини, на які частково поширюються норми трудового законодавства (у частині охорони праці). Як зазначають українські вчені¹, у багатьох країнах виявилася тенденція до включення цих «пограничних» відносин до сфери дії трудового права. Закон Словенії про трудові відносини² у ст.213 визначає статус «економічно-залежних самозайнятих», що отримують 80% замовлень від одного контрагента на підставі ЦПД. Слушною є думка Б.А. Римара про неминучість появи у сфері трудових відносин гібридних договорів, які будуть регулюватися одночасно нормами трудового та інших галузей права (цивільного, адміністративного, сімейного). Ймовірно, така спроба робиться у проекті ТКУ, хоча напевно чи її можна назвати вдалою.

Можливості для укладення ЦПД видаються надто широкими. Приміром, Закон Словенії про трудові відносини³ передбачає, що робота не може здійснюватися на підставі ЦПД, «крім випадків, передбачених законом».

Згідно проекту ТКУ, якщо в судовому порядку буде встановлено, що відносини за ЦПД фактично є трудовими відносинами, до таких відносин застосо-

¹ Труба В. І. Юридична природа трудового договору в умовах ринкової економіки / В.І. Труба, О. М. Потопахіна // Правова держава. – 2015. – № 19. – С. 123-128. – URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Prav_2015_19_26. – С.127.

² Employment Relationships Act (ZDR-1) (unofficial translation). 2013. Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities. – URL: http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumententi__pdf/word/zakonodaja/zdr1_en.doc (дата звернення: 23.10.2017).

³ Heerma V. Regulating the employment relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198 / van Voss G.J.J. Heerma // International Labour Office. – 2013. – URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_dialogue/dialogue/documents/publication/wcms_209280.pdf. – P.23.

вуються норми ТК (ч.8 ст.6). Однак цей механізм детально не прописаний. Досить заформалізованим є визначення трудових відносин (ст.30). Обов'язковою їх елементом є, зокрема: 1) здійснення керівництва та контролю роботодавця; 2) додержання правил внутрішнього трудового розпорядку. Фахівці МОП, визнають, що приміром для домашніх працівників не є характерним прямий контроль роботодавця. Трудове законодавство деяких країн акцентує увагу на встановленні факту періодичного отримання винагороди. Важливо, що окремі країни запровадили так звану презумпцію існування трудових відносин при наявності однієї чи кількох ознак трудових відносин (це передбачає Рекомендація МОП №198 про трудове правовідношення). У Нідерландах діє широке припущення, згідно якого на роботодавця покладається тягар доведення відсутності трудових відносин, якщо відносини з працівником тривало понад три місяці. Зазначимо, що у Словенії та Польщі встановлено штрафи за укладення ЦПД замість трудових. В Україні ж діє презумпція правомірності правочину (ст.204 Цивільного кодексу).

Слід підкреслити необхідність закріплення принципу рівного ставлення до атипово-зайнятих працівників. Реалізація такого підходу на досвіді країн ЄС дозволила поширити на них окремі соціально-трудова гарантії та захист системи соціального забезпечення. Пріоритетним є питання про обмеження цивільно-правових і строкових договорів при виконанні небезпечних робіт (будівництво).

mgr Karol Zakrzewski,

*doktorant Katedra Prawa Handlowego i Prywatnego Prawa Międzynarodowego
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
(Gdańsk, Polska)*

IMPLEMENTACJA PRAWA UNIJNEGO DO POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO, JAKO PRZYKŁAD REFORMY PRAWA / ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ПРАВА ЄС ДО ПРАВОПОРЯДКУ ПОЛЬЩІ ЯК ПРИКЛАД ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

Rok 2004 w historii Polski na zawsze zapisze się jako rok wyjątkowy z uwagi na akcesję Polski i pozostałych 9 państw do Unii Europejskiej. Fakt wstąpienia Polski w struktury wspólnoty wywołał oczywiste konsekwencje na gruncie prawnym. Proces integracji Polski po upadku komunizmu rozpoczął się dużo wcześniej przed rokiem 2004 od nawiązania stosunków dyplomatycznych, wówczas z Europejską Wspólnotą Gospodarczą, poprzez podpisanie umowy stowarzyszeniowej oraz traktatów akcesyjnych. Sama akcesja, jak i wydarzenia ją poprzedzające, wymagały dostosowania prawa do wymogów Wspólnoty. Można zatem określić, iż od momentu podjęcia politycznej decyzji o kandydowaniu Polski do Unii Europejskiej nastąpił początek wielkowsymiarowej reformy prawa.

Charakter Unii Europejskiej, jako wyjątkowej organizacji międzynarodowej, determinuje również charakter prawa unijnego. Pierwotne prawo Unii Europejskiej nie będąc typowym przykładem prawa międzynarodowego, posiada jednak jego znaczące cechy. Dodatkowo prawo o charakterze pierwotnym przyjmowane i ratyfikowane jest jak wielostronne umowy międzynarodowe. Natomiast prawo wtórne pochodzi od instytucji europejskich, w których zasiadają reprezentacji państw członkowskich (zarówno na poziomie ustawodawczym jak i wykonawczym). Można z tego wysnuć wnioski, iż prawo unijne poza tym, że działa zarówno na poziomie *stricte* Unii Europejskiej i krajów członkowskich, to również powstaje na obu tych poziomach. Mówiąc o systemie prawa unijnego nie sposób nie wspomnieć o znaczącej roli orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE jako impulsu rozwijającego europejski system prawny. Reforma prawa w kontekście akcesji do Unii Europejskiej odbywa się zawsze poprzez przyjęcie całego dotychczasowego dorobku prawa UE tzw. *acquis communautaire*, obejmującego poza aktami prawa pierwotnego i wtórnego również orzecznictwo, zasady, zwyczaje i kulturę prawną.¹

Dyskusję o reformie prawa związaną ze wstąpieniem Polski w struktury Unii Europejskiej zacząć należy od najważniejszego aktu prawnego, a mianowicie Konstytucji. Polska Konstytucja, która jest Konstytucją stosunkowo młodą, bo z roku 1997, przewidywała akcesję Polski w struktury «organizacji międzynarodowych» w przyszłości. Dlatego fundament dla dalszych zmian w prawie wiąże się z normami konstytucyjnymi. Z uwagi na zamknięty katalog źródeł prawa w polskiej Konstytucji w art. 87 ust. 1 i 2 wymienione zostały ratyfikowane umowy międzynarodowe. Będzie to zatem prawo traktatowe, które w swojej istocie jest umową międzynarodową wielostronną. Przyjęcie *acquis communautaire* odbywa się w pierwszym etapie od przyjęcia traktatów i twórcy polskiej konstytucji przewidzieli tę możliwość. Zaś z analizy art. 9 polskiej Konstytucji wynika zobowiązanie Rzeczypospolitej Polskiej do przestrzegania prawa międzynarodowego. Obowiązek ten należy interpretować rozszerzająco, gdyż nie można ograniczać jedynie do Traktatów ale również do wynikającego z traktatów prawa wtórnego, czyli rozporządzeń, dyrektyw i decyzji. Zakotwiczenie prawa Unii Europejskiej w Konstytucji stanowi gwarancję dla jego obowiązywania i przestrzegania na terenie Polski. Ponadto, gdyby Polska nie wywiązywałaby się z powyższych zobowiązań mielibyśmy do czynienia z działaniem wbrew umowom międzynarodowym oraz Konstytucji, co tworzy podstawy do uznania takiego działania, jako deliktowe.²

Autorzy Konstytucji z 1997r. dali również dowód, iż reforma prawa w następstwie wstąpienia Polski do Unii Europejskiej, będzie procesem doniosłym. Po pierwsze obwarowano wstąpienie do UE i przyjęcie jej dorobku prawnego przez wyrażenie zgody na ratyfikację tej umowy międzynarodowej przez ustawę. Dodatkowo zgoda ta jest wyrażona przez parlament przy zachowaniu surowszych wymogów, niż chociażby

¹ https://ec.europa.eu/agriculture/glossary/acquis-communautaire_en_en

² A. Trubalski, *Prawnoustrojowa koncepcja i mechanizmy prawnej implementacji prawa Unii Europejskiej do krajowego systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej*.

zmiana samej konstytucji. Tym samym wymagany jest szeroki kompromis polityczny. Po drugie wstąpienie w szeregi unijne (jak również innej organizacji międzynarodowej o charakterze integracyjnym), wiąże się z przekazaniem kompetencji w niektórych sprawach z poziomu krajowego na szczebel międzynarodowy. Niemożliwym jest jednak aby przekazać całość kompetencji, ale jedynie ograniczając przekazanie do określonych spraw i określonego ich zakresu. Pomimo tego ograniczenia i zabezpieczenia ratyfikacji przez uchwalenie ustawy wyrażającej zgodę autorzy Konstytucji poszli o jeszcze jeden krok dalej. Dopuścili oni możliwość wyrażenia zgody przez Naród w sposób bezpośredni w referendum ogólnokrajowym. Jest to kolejny dowód strategicznej analizy prawnej przyszłych wydarzeń i podkreślenie powagi akcesji Polski w struktury międzynarodowe.¹

Wracając niejako do zabezpieczenia wykonywania prawa UE należy powiedzieć o zasadzie pierwszeństwa prawa europejskiego nad prawem krajowym. W sytuacji kolizji prawa krajowego z prawem europejskim zastosowanie będzie miało to drugie. Wątpliwości zaczynają się w przypadku kolizji prawa europejskiego i norm konstytucyjnych. W literaturze odnaleźć można pogląd, iż taka kolizja musiałaby prowadzić do zmian w Konstytucji.²

Kolejnym poziomem pozwalającym na reformę prawa polskiego poprzez implementację prawa UE do polskiego systemu prawnego było uchwalenie odpowiednich ustaw. Należy w tym momencie wyróżnić ustawę z 8 października 2010r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem RP w Unii Europejskiej. Wspomniana ustawa bywa nazywana ustawą kooperacyjną. Przedmiotem regulacji natomiast są m.in. obowiązek współpracy egzekutywy i legislatywy, obowiązek informowania Sejmu i Senatu przez Radę Ministrów, a wszystko w zakresie członkostwa Polski w UE. W wykonaniu założeń ustawy powyższe organy współpracują również na płaszczyźnie legislacji na szczeblu wspólnotowym. Obowiązek ten realizowany jest w szczególności poprzez przekazywanie przez rząd senatowi i sejmowi dokumentów UE, które w następstwie podlegają konsultacjom i ocenie. Funkcja informacyjna urzeczywistniana jest przez przekazywanie parlamentowi projektów prawodawstwa unijnego oraz stanowiska rządu polskiego w ich przedmiocie. Rząd informuje również o stanowiskach innych państw członkowskich w sprawie prawodawstwa unijnego wraz z uzasadnieniem państw. W zakresie projektów prawa UE informuje o przewidywanej procedurze implementacji aktów w polski system prawa.³

Omawiana ustawa określa dosyć ściśle współpracę rządu i parlamentu w zakresie tworzenia prawa polskiego w wykonaniu prawa unijnego. Ustawodawca nie precyzuje czy implementacja ma odbyć się poprzez ustawę czy rozporządzenie. Jednak dominującym aktem, również z uwagi na hierarchię katalogu źródeł prawa, jest ustawa.

¹ R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys Prawa Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, str. 217-219.

² *Ibidem* str. 219-220.

³ A. Trubalski, *Prawnoustrojowa koncepcja i mechanizmy prawne implementacji prawa Unii Europejskiej do krajowego systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej*, str. 70-73.

Incydentalnie dopuszcza się realizację prawa UE przez rozporządzenie. Ustawy wykonujące prawo Unii Europejskiej nazywane są ustawami europejskimi lub ustawami implementacyjnymi. Ustawa o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem RP w Unii Europejskiej określa wyraźnie, jako inicjatora procesu legislacyjnego w zakresie implementacji prawa Unii Europejskiej, Radę Ministrów. Nie można jednak zawęzić grona inicjatorów tylko do Rady Ministrów. Wykładnia rozszerzająca prowadzi do wniosku, iż do Sejmu projekty ustaw implementacyjnych wносить mogą również te podmioty, które korzystają z inicjatywy ustawodawczej w odniesieniu do ustaw «zwykłych». Dopuszczenie innych podmiotów, poza Radą Ministrów, ma jednak charakter wyjątkowy. Pozycja ustrojowa rządu, któremu w Konstytucji przyznano prowadzenie polityki wewnętrznej i zagranicznej, a tym samym w szczególności prowadzenie, koordynację oraz wdrażanie polityki Unii Europejskiej w systemie prawa Rzeczypospolitej Polskiej, zdaje się potwierdzać słuszność przyjętego rozwiązania. Przedmiotowa ustawa określa również limit czasowy na rozpoczęcie procesu implementacji. Rada Ministrów ma obowiązek wnieść do Sejmu projekt ustawy europejskiej nie później niż na 3 miesiące przed terminem wynikającym z norm unijnych. Możliwe jest odstępstwo od powyższego terminu, jednak tylko po uzyskaniu opinii organu, którego właściwość przedmiotowa wynika z regulaminu Sejmu. Zatem przedmiotowa ustawa sankcjonuje zarówno podmiot inicjujący tak jak i ograniczenie czasowe.¹

Implementacja prawa Unii Europejskiej dokonywana jest w oparciu o pewne zasady. Są nimi powszechność, terminowość i skuteczność. Dwie pierwsze zasady wynikają z prawa traktatowego ale również prawa polskiego, chociażby wspomnianej powyżej ustawy kooperacyjnej. Powszechność przejawia się w dopuszczeniu do implementacji tylko w formie ustawy i rozporządzeń, czyli aktów o mocy powszechnie obowiązującej. Terminowość natomiast wyraża się przez określenie 3 miesięcznego terminu opisanego powyżej. Obie wymienione zasady składają się na skuteczność implementacji. Oczywiście jest, że treść ustaw i rozporządzeń implementacyjnych musi realizować cel założony w aktach europejskich. Jednakże trudno wyobrazić sobie skuteczną implementację pozbawioną atrybutów powszechności i terminowości. Aktualnie największym problemem reformy przez implementację prawa UE jest spełnienie warunku terminowości.²

Do aktów prawa pochodnego prawa unijnego zaliczamy dyrektywy, rozporządzenia oraz decyzję, zalecenia i opinie. Zalecenia i opinie nie mają charakteru wiążącego. Decyzje natomiast mają charakter indywidualny i konkretny, i jednostka może się na nie powoływać, podobnie jak w przypadku dyrektywy, gdy tworzy uprawnienie bądź obowiązek dla jednostki, które można wyinterpretować w sposób wystarczająco jasny, precyzyjny, bezwarunkowy i zupełny. Z uwagi na rozważanie reformy prawa przez implementację prawa unijnego na uwagę zasługują rozporządzenia i dyrektywy.

¹ *Op. cit.*, str. 72-73.

² *Op. cit.*, str. 87-88.

Rozporządzenia są aktem o tyle specyficznym, że korzystają z atrybutu bezpośredniego stosowania, bez względu na ich implementację w porządku krajowym. Dopuszcza się jednak możliwość implementacji o charakterze wyjątkowym, gdy wynika to wprost z rozporządzenia. Dyrektywa natomiast ze swojej istoty wskazuje kierunek działania państw członkowskich, a pozostawia dowolność w sposobie realizacji założonego celu. Z uwagi na powyższe w przypadku dyrektywy będziemy mówić o transpozycji dyrektywy do porządku krajowego celem harmonizacji prawa. Transpozycja dyrektywy będzie zatem polegała na uchwaleniu w prawie państwa członkowskiego nowego aktu prawnego w sposób uwzględniający specyfikę krajowego porządku prawnego przy zachowaniu zupełności i efektywności transpozycji¹

Konkludując, reforma prawa przez implementację prawa unijnego do polskiego systemu prawnego jest ciągle trwającym procesem na zasadach opisanych powyżej. Reforma polskiego prawa przez implementację rozpoczęła się od przygotowania Konstytucji pozwalającej na wstąpienie w szeregi państw UE, a następnie realizację zobowiązań akcesyjnych. Wejście Polski w struktury UE wymagało również podłoża ustawowego dla skutecznego wprowadzania prawa wtórnego, co jak uważam, udało się przedstawić. Reformowanie polskiego systemu prawnego trwa i to praktycznie na każdym polu, więc trudno analizować zmiany w każdej gałęzi prawa osobno. Najlepszym jednak przykładem ciągłości procesu reformowania prawa w kontekście przynależności Polski do UE jest nowelizacja ustawy zasadniczej z roku 2006, czyli Konstytucji, po wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie Europejskiego Nakazu Aresztowania.² Należy przy tym stwierdzić, iż celem kompleksowej reformy prawa było i jest urzeczywistnienie wartości europejskich w systemie prawa Polski i innych państw członkowskich. Celem jest również pogłębiona integracja w zakresie prawa, aksjologii, gospodarki i polityki.

Сергей Калинин,

*к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой
теории и истории государства и права юридического факультета
Белорусского государственного университета,
Минск, Республика Беларусь*

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ

Развитие правовой системы Республики Беларусь отражает сложные процессы построения национальной государственности. Первоначально такое развитие именовалось правовой реформой, которая реализовывалась как по предметным направлениям (конституционная и судебно-правовая реформы;

¹ J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, LexisNexis, Warszawa 2012, str. 236-241.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r. sygn. akt P 1/05.

реформа законодательства и т.д.), так и по хронологическим этапам (1990–1995 гг., 1996–2004 гг., 2005 г. – настоящее время). Основы трансформации советской правовой системы первоначально были заложены в Резолюции XIX конференции КПСС «О правовой реформе» (1988 г.), указавшей на необходимость укрепления конституционного режима; пересмотра и систематизации законодательства под углом свободы собственности, равенства сторон, защиты прав и интересов личности; повышения роли суда, арбитража, органов юстиции, адвокатуры и т.д.¹ Это повлекло разработку Основ законодательства СССР и союзных республик по основополагающим вопросам, заложивших основу будущего национального законодательства.

Особенностью первого этапа правовой реформы (1990–1995 гг.), в рамках которого требовалось создать качественно новые государственный аппарат и законодательство, явилось идеалистическое заимствование либеральной геокультуры. Важнейшей основой данного этапа стала Декларация Верховного Совета Республики Беларусь «О государственном суверенитете БССР»², провозгласившая идеи уважения достоинства и прав людей всех национальностей, проживающих в Республике Беларусь, статуса Беларуси как полноправного и независимого члена мирового сообщества, ... стремления создать правовое государство ..., народовластия, демократии, свободного развития и благополучия, достойной жизни каждого гражданина на основе обеспечения прав личности ..., охраны чести, здоровья, прав и законных интересов, социальной защищенности, разделения властей и т.д. Реализация Декларации повлекла резкий рост законодательства, наряду с которым продолжало действовать и законодательство СССР, что снизило регулятивные свойства права. Реформирование судебной и правоохранительной системы было оформлено Концепцией судебно-правовой реформы в Республике Беларусь³. Однако законодатель в силу чрезмерной романтичности ряда предложений предпочел путь критического осмысления и постепенного реформирования.

Первый этап был завершен принятием Конституции Республики Беларусь (15 марта 1994 г.), закрепившей идеи либеральной геокультуры и заложившей основы нового государственного аппарата. В итоге Верховный Совет признавался наивысшим представительным постоянно действующим и единственным законодательным органом, обладающим верховенством и полнотой законодательной власти, которая осуществлялась им от имени народа в формах и

¹ О правовой реформе // Резолюции XIX Всесоюзной конференции Коммунистической партии Советского Союза. – М. : Политиздат, 1988. – С. 44–47.

² Аб дзяржаўным суверэнітэце Рэспублікі Беларусь: Дэкларацыя Вярхоўн. Савета Рэсп. Беларусь, 27 ліп. 1990 г., № 193-ХІІ // Эталон-Беларусь / Нац. центр правовой інформ. Респ. Беларусь. – Мінск, 2017.

³ О Концепции судебно-правовой реформы в Республике Беларусь : Постановление Верховного Совета Республики Беларусь, 23 апр. 1992 г., № 1611-ХІІ // Эталон-Беларусь / Нац. центр правовой інформ. Респ. Беларусь. – Мінск, 2017.

пределах, определяемых Конституцией Республики Беларусь; являлся законодательным гарантом прав и свобод граждан Беларуси. Президент – Главой государства и исполнительной власти, высшим должностным лицом Республики Беларусь, представителем государства в межгосударственных отношениях и внутри страны, руководителем системы органов исполнительной власти.

Однако декларирование принципов демократического правового социального государства само по себе не гарантирует достижения указанных целей, а простое закрепление принципа разделения властей и введение поста Президента не ликвидировало юридической и фактической подконтрольности и подотчетности всех органов Парламенту. В силу того, что Верховный Совет мог разрешить практически любой вопрос путем принятия соответствующего закона и последующего контроля за его исполнением, и что породило его конфронтацию с Главой государства, возникла потребность в новой конституционной реформе в целях более содержательного определения прав и свобод граждан в контексте социального правового государства и гражданского общества и устранения серьезных недостатков в конституционном обеспечении центральных государственных органов¹.

Второй этап правовой реформы (1996–2004 гг.), начатый заложившей основы устойчивой субъектной суверенной политики конституционной реформой 1996 г., и завершённый конституционной реформой 2004 г., сущностно выступивший реформой системы права², по сути, подверг критическому осмыслению заимствованные идеи и практику их реализации, которые способствовали разрушению складывающейся государственности. Изменение национальной Конституции (1996 г.) позволило исключить внутреннюю конфликтность ветвей государственной власти. На Президента, получившего статус Главы государства, гаранта Конституции Республики Беларусь, прав и свобод человека и гражданина, высшего должностного лица Республики Беларусь, были возложены обязанности олицетворения единства народа, обеспечения политической и экономической стабильности, преемственности и взаимодействия органов государственной власти, осуществления посредничества между органами государственной власти. В ходе конституционной реформы 2004 г. референдумом был отменен срок, ограничивающий пребывание Президента в должности.

Данному периоду характерно уточнение ориентиров государственной политики, направленной на необходимость защиты интересов личности и их гармоничного сочетания с интересами белорусского народа. Это позволило сформировать в конце 1990-х годов основные принципы новой правовой

¹ Абрамовіч, А. М. Канстытуцыйная рэформа: праблемы і перспектывы / А.М. Абрамовіч // Веснік Бел. дзярж. ун-та. – серыя 3. – 1996. – № 3. – С. 81.

² Калинин, С. А. Проблемы реформы системы права в Республике Беларусь : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. / С. А. Калинин ; БГУ. – Минск, 2001. – 20 с.

доктрины, основанной на концепции эффективного государства¹, выступающего выразителем интересов многонационального белорусского народа, на взвешенном отношении к советскому наследию и заимствованным идеям, на согласовании прав человека, социальной справедливости и безопасности и т.д. Важной особенностью национального права является постоянный поиск и поддержание пределов государственного вмешательства в социальное регулирование, баланс публичных и частных интересов.

Второй этап характеризовался активной кодификацией и реновацией законодательства; активным использованием временных декретов Президента Республики Беларусь; созданием механизма совершенствования правовой системы (работа над Сводом законов; ежегодное планирование принятия нормативных правовых актов; введение обязательной юридической экспертизы; создание Национального реестра правовых актов Республики Беларусь, образование Национального центра законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь и Национального центра правовой информации при Президенте Республики Беларусь и т.д.). Промежуточный итог данного этапа был подведен Концепцией совершенствования законодательства Республики Беларусь², отличающейся большей взвешенностью и реализмом в оценке правовой системы.

К 2005 г. правовая реформа в принципе достигла своих целей, что обусловило дальнейшее взвешенное развитие правовой системы (развитие экспертиз в правотворчестве, включая введение криминологической экспертизы и создание Научно-практического центра проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, окончание работы над Сводом законов, кодификация, преобразование Национального центра законопроектной деятельности Республики Беларусь и Института государства и права НАН Беларуси в Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, введение предварительного конституционного контроля проектов законов Республики Беларусь (2008 г.), реформирование органов предварительного расследования и судебных экспертиз (создание Следственного комитета Республики Беларусь (2011 г.) и Государственного комитета по судебным экспертизам Республики Беларусь (2013 г.), объединение в единую систему хозяйственных и общих судов (2013 г.), изменение статуса нотариата (2013 г.) и т.д.). Одновременно был начат активный поиск концептуальных моделей опережающего правового обеспечения эффективного государственного управления (принятие Концепции нацио-

¹ Абрамовіч, А. М. Захаванне правоў і свабод грамадзян – абавязак дзяржавы / А. М. Абрамовіч // Звезда. – 1998. – 10 крас. – С. 2.

² Концепция совершенствования законодательства Республики Беларусь : Указ Президента Респ. Беларусь, 10 апр. 2002 г., № 205 // Эталон-Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017.

нальной безопасности Республики Беларусь¹ и Рекомендаций по теоретико-методологическим основам совершенствования правовой системы Республики Беларусь²).

Таким образом, правовая реформа в Республике Беларусь позволила сформировать устойчивую и достаточно гармоничную правовую систему, оптимально сочетающую права человека, национальную безопасность и устойчивое развитие социума.

Елена Касьянова,
*старший научный сотрудник
Национального центра законодательства
и правовых исследований Республики Беларусь
(Минск, Беларусь)*

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА ГРАЖДАН УКРАИНЫ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Динамика развития миграционных процессов обуславливает необходимость совершенствования подходов к международному и национальному правовому регулированию труда иностранных граждан. В последние годы значительное число трудовых мигрантов составили граждане Украины. Так, согласно статистическим данным граждане Украины, осуществляющие трудовую деятельность в Республике Беларусь, составляют более 20 % от общего числа трудящихся-иммигрантов. При этом в 2012 г. из 8781 трудящегося-мигранта, въехавшего для работы на основе подписанных договоров и контрактов, 2854 составляли граждане Украины; в 2013 г. — 6928 из 22 497 трудящихся-мигрантов; в 2014 г. — 17 778 из 37 868; 2015 г. — 14 045 из 31 768; в 2016 г. — всего 6348 из 20 791; и за 9 месяцев 2017 г. — 3489 из 16 652³.

Особенности регулирования трудовых отношений с трудящимися-мигрантами — гражданами Украины на территории Республики Беларусь уста-

¹ Концепция национальной безопасности Республики Беларусь [Электронный ресурс] : Указ Президента Респ. Беларусь, 9 нояб. 2010 г., № 575 // Эталон-Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017.

² Рекомендации по теоретико-методологическим основам совершенствования правовой системы Республики Беларусь, одобренные Решением ученого совета Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь 23 апреля 2013 г., № 5 // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. — URL: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=11901>. — Дата доступа: 20.10.2017.

³ Учет трудящихся-эмигрантов и трудящихся-иммигрантов. — URL: <http://mvd.gov.by/ru/main.aspx?guid=16721>. — Дата доступа: 20.10.2017.

новлены как в международных договорах (соглашениях)¹, так и национальном белорусском законодательстве².

Согласно нормам Соглашения о сотрудничестве в области трудовой миграции и Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов предусмотрено регулирование приграничной трудовой миграции, особенностью которой является сохранение за трудящимся-мигрантом постоянного места жительства на территории государства принадлежности к гражданству, куда он возвращается каждый день или, по крайней мере, не реже одного раза в неделю. Вместе с тем установлено, что трудоустройство данной категории трудящихся-мигрантов осуществляется в упрощенном порядке на основе международных договоров. Следует отметить, что в миграционном законодательстве Республики Беларусь до 12 июля 2011 г. осуществлялось регулирование маятниковой (приграничной) миграции, но с момента вступления в силу Закона о миграции вопросы приграничной миграции правовому регулированию не подлежат.

В национальном законодательстве также установлены отдельные особенности регулирования труда граждан Украины на территории Республики Беларусь. Так, согласно общему порядку, установленному в Законе о миграции, осуществлять трудовую деятельность трудящиеся-иммигранты на территории Беларуси могут только на основании заключенных срочных трудовых договоров. В свою очередь срочные трудовые договоры заключаются на основании специальных разрешений на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь (далее — специальное разрешение), которые выдаются в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства, не имеющих разрешений

¹ Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов [Электронный ресурс] : 15.04.1994 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017 (далее — *Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции*); Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Украины о трудовой деятельности и социальной защите граждан Республики Беларусь и Украины, работающих за пределами своих государств [Электронный ресурс] : 17.07.1995 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017 (далее — *двустороннее соглашение*); Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств — участников Содружества Независимых Государств [Электронный ресурс] : 14.11.2008 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017 (далее — *Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов*).

² Трудовой кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] : 26 июля 1999 г., № 296-З : принят Палатой представителей 8 июня 1999 г. : одобрен Советом Респ. 30 июня 1999 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 15.07.2015 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017; О внешней трудовой миграции [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь от 30 дек. 2010 г., № 225-3 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017 (далее — *Закон о миграции*); О пребывании граждан Украины в Республике Беларусь [Электронный ресурс] : Указ Президента Респ. Беларусь, 30 авг. 2014 г., № 420 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2017 (далее — *Указ № 420*).

на постоянное проживание в Республике Беларусь, при наличии заключения о возможности осуществления ими трудовой деятельности по трудовому договору в Республике Беларусь (далее – заключение), выданного органом по труду, занятости и социальной защите¹. Не требуется получения данного заключения, если трудоустройство осуществляется на должность руководителя коммерческой организации.

Решение о выдаче (отказе в выдаче) специального разрешения принимает управление по гражданству и миграции главного управления внутренних дел Минского городского исполнительного комитета или управления внутренних дел областного исполнительного комитета в течение 15 дней с момента подачи заявления (стоимость данной процедуры составляет 115 белорусских рублей, что эквивалентно 57 долларам США)². Вместе с тем, в соответствии с абз. 2 п. 1.2 Указа № 420 наниматели Республики Беларусь, привлекающие граждан Украины (проживавших на территории Донецкой и Луганской областей Украины, как правило, не менее года) для осуществления трудовой деятельности в Беларуси, освобождаются от уплаты государственной пошлины за выдачу специальных разрешений. Кроме этого срок принятия решения о выдаче (отказе в выдаче) специальных разрешений гражданам Украины не может превышать 5 рабочих дней, а срок предоставления заключения – 2 рабочих дней.

Особенностью, установленной в ст. 5 двустороннего соглашения, являются обязательства государств по признанию (без легализации) дипломов, свидетельств об образовании, документов о присвоении звания, ученой степени, разряда, квалификации и других необходимых для осуществления трудовой деятельности документов и заверенного в установленном на территории государства выезда порядке их перевода на государственный язык государства трудоустройства или русский язык. Вместе с тем, абз. 3 п. 1.2 Указа № 420 предусмотрено, что наниматели Республики Беларусь вправе принимать граждан Украины (проживавших на территории Донецкой и Луганской областей Украины, как правило, не менее года) на работу без прохождения установленной процедуры признания документов об образовании, выданных учреждениями образования, иными организациями Украины.

В зависимости от статуса трудящегося-иммигранта максимальный срок

¹ Инструкции о порядке организации работы по выдаче разрешения на привлечение в Республику Беларусь иностранной рабочей силы, специального разрешения на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь, внесения в них изменений, однократного продления срока их действия и их аннулирования [Электронный ресурс] : утв. постановлением М-ва внутренних дел Респ. Беларусь, 24 июня 2016 г., № 173 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017.

² Об административных процедурах, осуществляемых государственными органами и иными организациями по заявлениям граждан [Электронный ресурс] : Указ Президента Респ. Беларусь, 24 апреля 2010 г., № 200 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017.

соглашения между нанимателем и работником может быть установлен либо на один год, либо на два года для высококвалифицированных работников. В отношении рода профессиональной деятельности следует отметить, что значительное количество трудящихся-иммигрантов граждан Украины составляют квалифицированные работники. Так, за три первых квартала 2017 г. на руководящие должности было трудоустроено 189 человек (за 2016 г. – 230 человек), 1 166 граждан Украины приняты на работу в качестве квалифицированных работников и специалистов (за 2016 г. – 1877 человек). Поскольку статистические данные по трудоустройству высококвалифицированных граждан Украины на территории Республики Беларусь не представлены, полагаем, что указанные выше специалисты могут быть отнесены к категории трудящихся-мигрантов с высоким уровнем квалификации, которые при соблюдении определенных требований имеют право получить специальное разрешение сразу на два года с правом его продления на такой же период.

Выявленные особенности правового регулирования труда граждан Украины на территории Республики Беларусь обуславливают необходимость корректировки норм международных договоров, в частности, двусторонних соглашений. С учетом современных миграционных процессов представляется целесообразным совершенствовать подходы по регулированию отдельных аспектов трудовых отношений с трудящимися-мигрантами, а также выработать меры, направленные на эффективное использование трудового потенциала обоих государств.

Олена Кізлова,

*д.ю.н., професор, зав. кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету
(Одеса)*

СУБ'ЄКТИ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ЄСПЛ

Основним речовим правом у сфері господарювання є право власності. Правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 ЦК України).

За своєю правовою природою право власності потребує регулювання з боку держави, може бути обмежено, а держава вправі вживати певних заходів втручання в право власності, у тому числі й позбавляти осіб власності. При цьому в таких діях держава повинна дотримуватися ustalених принципів правомірного втручання, зокрема тих, що напрацьовані Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ), через рішення якого відбувається розуміння змісту норм Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод (далі – Конвенція), Першого протоколу, їх практичне застосування.

Право власності має фундаментальний характер, захищається згідно з нормами національного законодавства з урахуванням принципів ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Складовою Конвенції є окремі протоколи, які доповнюють та розвивають її положення. Найбільш сприятливі для сучасного застосування практикою ЄСПЛ ст.1 Протоколу 1 Конвенції є концепція власності з точки зору логіки функції визначення власності як панування над річчю, що виправдано стільки, скільки під це поняття підходять всі випадки обмеженого реального панування над реально існуючими речами, а також і тому, що це поняття є результатом індуктивного (в сенсі, який вкладав в це поняття Кассирер) дослідження¹.

Незважаючи на те, що єдиного чіткого доктринального підходу до визначення того, що є власністю, не існує, все – такі є ЄКПЛ, практика Європейського суду з прав людини, існують нормативні документи ЄС, практика Суду Справедливості ЄС, в якій йдеться про широкий перелік економічних питань, що захищаються як положеннями ст. 1 Першого протоколу, так і положеннями ст. 17 Хартії основних прав Європейського Союзу².

Так, стаття 1 Протоколу № 1 к Конвенції визначає правові гарантії майнових прав і регулює матеріально-правові відносини права власності. Окрім зазначеної статті, частково майнових прав стосується і ст. 6 Конвенції, яка встановлює гарантії судового захисту, а також ст. 13 Конвенції, яка забезпечує можливість ефективного правового захисту порушених прав.

Пункт 1 статті 17 Хартії основних прав Європейського Союзу встановлює, що «Каждый человек имеет право владеть, пользоваться, распоряжаться и завещать свою законно приобретенную собственность. Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом, при условии справедливой и своевременной компенсации за причиненный ущерб. Пользование собственностью может регламентироваться законом в соответствии с общественными интересами»³.

Але, виникає проблема з'ясування суб'єктного складу осіб, які можуть звертатись до ЄСПЛ за захистом права власності. Питання щодо суб'єктного складу осіб, які могли звертатись до ЄСПЛ за захистом свого права власності довгий час було спірним. Справа в тому, що досить тривалий період превалювала думка про те, що в ЄСПЛ комерційні організації звертатися не можуть. До певної міри воно було засноване на назві Конвенції, яка містить вказівку на права і свободи людини; частково – на неправильному трактуванні положень ст. 34 Конвенції, яка передбачає можливість звернення до ЄСПЛ окремих

¹ Якушев М. В. Войниканис Е. А. Информация. Собственность. Интернет. Традиция и новеллы в современном праве. – URL: http://www.nnre.ru/kompyutery_i_internet/informacija_sobstvennost_internet_tradicija_i_novelly_v_sovremennom_prave/index.php

² Хартія основних прав Європейського Союзу. Європейський Союз; Хартія, Міжнародний документ від 07.12.2000 // URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_524

³ Там само.

осіб, неурядових організацій або групи приватних осіб. Зазначена омана щодо можливостей ЄСПЛ розглядати скарги комерційних організацій спричинило також і те, що його прецедентна практика не аналізувалася для цілей її використання при вирішенні саме комерційних суперечок і, отже, не чинила того впливу, яке, по суті, повинна була б надавати на правозастосовчу (в тому числі судову) практику.

Дане помилкове переконання, надзвичайно поширене, було до певної міри «підірвано» постановою ЄСПЛ, що винесена за індивідуальною скаргою російського акціонерного товариства «Совтрансавто Холдинг проти України» (Постанова ЄСПЛ від 2 жовтня 2003 р. у справі «Совтрансавто Холдинг проти України», № 48553 скарга / 99. Справа ґрунтується на заяві (N 48553/99), що подана до суду проти України російським підприємством «Совтрансавто Холдинг» 11 травня 1999 року відповідно до ст. 34 Конвенції про захист прав і основних свобод людини.

Більшістю інших прав та основними свободами людини можуть користуватися реально лише приватні особи. Статті, які регулюють ці права і свободи, можуть тлумачитися як такі, що не поширюються на юридичних осіб¹. Разом із тим, Європейський суд з прав людини також надав більш широкого змісту поняттю «особа» відповідно до Конвенції, дозволивши підтримувати позови відповідно до ст. 1 Протоколу №1 церквам як неурядовим організаціям, які не є комерційними утвореннями.

На відміну від більшості положень Конвенції, ст. 1 Протоколу №1 захищає права не лише фізичних, а й юридичних осіб, наприклад, компаній. Цей аспект даної статті має важливе значення, оскільки економічна система держав-учасниць Конвенції заснована на праві приватної власності й праві вільно створювати такі економічні одиниці, як «юридичні особи»: неурядові організації, релігійні організації, засоби масової інформації та ін.

Основоположним принципом, який відзначає суб'єктну сторону права власності, є принцип рівноправності – всі особи мають рівні правові можливості, ніхто не може піддаватися дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або інших обставин (ст. 14 Конвенції) (Постанова Європейського суду з прав людини по справі Пайн Веллей Девелопментс Лтд та інші проти Ірландії від 29 листопада 1991 р.; Постанова Європейського суду з прав людини по справі Чассагну та інші проти Франції від 29 квітня 1999 р.). Згідно з цим принципом юридичні особи приватного права мають такі самі права стосовно свого майна, на них поширюється такий самий режим права власності, як і на фізичних осіб.

¹ Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: права и практика / Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. – М., 1998. – 598 с.

Також до ЄСПЛ можуть скаржитись юридичні особи, що були ліквідовані у процесі банкрутства (рішення по справі «Терем проти України»), та одноособові власники певного товариства.

Щоб скористатися захистом статті 1 Першого протоколу, особа повинна мати хоч якийсь право, передбачене національним законодавством, яке може вважатися правом власності з точки зору Конвенції¹.

Крім того, як встановлено дослідниками практики ЄСПЛ, позиція заявника повинна бути пов'язана з поняттям «жертви». Тобто, на відміну від деяких статей Європейської конвенції, захищатись в ЄСПЛ, відповідно до ст.1 Протоколу №1, в контексті порушення прав власності може лише реальна жертва, а не потенційна. Для визнання особи «жертвою» остання повинна зазнати конкретного втручання з боку державного органу. Показовою з цього приводу є справа «Класс та інші проти Німеччини», відповідно до якої Європейський суд вказав: «Щоб кожний окремих заявник фактично був жертвою порушення, про які він стверджує, він може звертатись до ЄСПЛ. Європейська конвенція не надає окремим особам права *actio popularis* (звернення до Європейського Суду в інтересах народу), не дозволяє подавати скаргу на закон *in abstracto* лише тому, що він порушує конвенцію. Для індивідуального заявника недостатньо стверджувати, що саме існування закону порушує його право, встановлене Конвенцією. Необхідно, щоб закон був застосований із завданням заявнику відповідної шкоди»².

Також, як вважає О. Шупінська, дискусійним є питання про можливість осіб публічного права підпадати під сферу дії ст. 1 Протоколу № 1, оскільки держава відповідно до цієї ж норми виступає передусім як зобов'язаний суб'єкт, а правоволодільцями названі всі приватні особи, які мають право вимагати від держави дотримання їхнього права власності. При поширенні сфери дії ст. 1 Протоколу №1 на публічних власників, створюється небезпека того, що правоволоділець і зобов'язана особа стосовно конкретного майна збігаються в особі одного суб'єкта. А з точки зору теорії суб'єктивних прав власнику обов'язково повинні протистояти носії обов'язку³.

Практикою ЄСПЛ встановлено, що не можуть бути заявниками у Європейському суді з прав людини державні організації, державні підприємства або особи, які фінансуються коштом державного бюджету. Ця теза підтверджується практикою Європейського суду, який не розглядав спори за участю

¹ Моніка Карсс-Фріск. Право на власність: питання імплементації статті 1 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини) – В кн.: Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст /За ред. – К.: ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. – С. 685–722. – С. 606.

² Що таке право власності та як його захистити в ЄСПЛ. – URL: <http://yur-gazeta.com/publications/events/shcho-take-pravo-vlasnosti-ta-yak-yogo-zahistiti-v-espl.html>

³ Шупінська О. Міжнародні правові механізми захисту права власності: практика Європейського суду з прав людини / Олена Шупінська. // Юстиніан. – 2008. – №11.

осіб публічного права. Але, заявниками можуть бути державні персони (справа «Колишній король Греції та інші проти Греції»).

Щодо відповідальності Держави та суб'єктів, за чий дії вона несе цю відповідальність, юристи зазначають про такі: дії державних органів та їх посадових осіб; дії неурядових компаній, якщо такі: перебувають у власності держави або підконтрольні їй; фінансово та оперативно незалежні від держави, але виконують суспільно значущі функції (рішення по справі «Ewaldssonandother проти Швеції»); дії муніципальних підприємств та установ – шкіл, дитячих садків, медичних закладів; дії органів місцевого самоврядування.

Світлана Клімова,

*к.н. з держ. упр., доцент, доцент кафедри права та європейської інтеграції
Харківського регіонального інституту державного управління
Національної академії державного управління при Президентіві України
(Харків)*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУР ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

Контроль є поширеним об'єктивним явищем у публічно-правовому та економічному житті суспільства. Його реалізація базується на глибокому вивченні теоретичних, методологічних і практичних засад контролю як комплексного правового та економічного явища. Н.Д. Погосян стверджує, що контроль у сфері фінансів можна визначити як сукупність регулярних і безперервних процесів, за допомогою яких їхні учасники у легітимній формі забезпечують ефективне функціонування державного сектора, а також діяльність інших господарюючих суб'єктів незалежно від форм власності¹. Тож низка вчених досліджують державний фінансовий контроль як різновид адміністративного процесу. У результаті аналізу О.В. Кузьменко зробила висновок, що одним із ключових елементів понятійного апарату адміністративно-процесуального права є адміністративна процедура². У процедурі відсутня головна детермінанта процесу – подовженість у часовому вимірі. Якщо явище процесу – це передусім динаміка, безперервний рух, виражений у послідовних переходах від одного стану до іншого, то процедура – ні що інше, як дискретність такого руху. Процедура не є явищем, наділеним часовою динамікою.

Таким чином, процес слід розглядати як діяльність органів публічного управління щодо здійснення правової регламентації суспільних відносин та реалізації права, а процедуру – як формалізований бік такої діяльності.

¹ Погосян Н.Д. Счетная палата Российской Федерации / Н.Д. Погосян. – М.: Юристъ, 1998. – С. 109.

² С.17 Кузьменко О. В. Адміністративний процес у парадигмі права : автореферат дис. ... д-ра юрид. наук : (12.00.07 – Теорія управління, адміністративне право і процес, фінансове право) / О. В. Кузьменко. – Київ, 2006. – 32 с.

Відповідно до положень Бюджетного кодексу України бюджетний процес – це регламентована нормами права діяльність, пов’язана із складанням, розглядом, затвердженням бюджетів, виконанням і контролем за їхнім здійсненням, розглядом звітів про виконання бюджетів, що складають бюджетну систему України¹. Однією із стадій бюджетного процесу є *контроль*. Нормативно-правове забезпечення цієї стадії бюджетного процесу у відповідності до вимог законодавства є важливою передумовою законного та ефективного використання фінансових ресурсів держави та інших колективних суб’єктів.

Постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 868 «Про утворення Державної аудиторської служби України» Держфінінспекцію реорганізовано шляхом перетворення на Держаудитслужбу². Процедури державного фінансового контролю регламентуються Законом України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», постановами Кабінету Міністрів України і наказами Державної аудиторської служби України³ та іншими нормативними актами. Аналіз законодавчої бази виявив недоліки правового регулювання процедур контролю, що здійснюється відносно окремих суб’єктів управління об’єктами державної власності. Проблема полягає в тому, що несистемне регулювання процедур такого контролю може призвести до безконтрольності управління окремими об’єктами державної власності, оскільки підзаконними нормативно-правовими актами визначено необхідність проведення аудиту, після проведення якого не можна застосувати інспектування.

Порядок, що затверджено постановою КМУ від 25.03.2006 № 361, визначає механізм проведення Держаудитслужбою, її міжрегіональними територіальними органами державного фінансового аудиту, що полягає у перевірці та аналізі діяльності, фактичного стану справ щодо законного та ефективного використання державних чи комунальних коштів і майна, інших активів дер-

¹ Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. № 2456-VI // ВВР України. – 2001. – № 37-38. – Ст. 189.

² Про утворення Державної аудиторської служби України: постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 № 868.

³ Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні: Закон України від 26 січня 1993 р. № 2939-XII // ВВР України. – 1993. – № 13. – Ст. 110.; Про затвердження Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами: постанова Кабінету Міністрів України від 20.04.2006 № 550; Питання проведення Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами державного фінансового аудиту: постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2006 № 361 // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 13. – Ст. 868.; Про окремі заходи щодо забезпечення фінансового контролю за діяльністю суб’єктів господарювання державного сектору економіки: постанова Кабінету Міністрів України від 25.06.2014 № 214 // Офіц. вісн. України. – 2014. – № 53. – Ст. 1414.; Про затвердження Порядку оформлення та оприлюднення результатів проведених Держаудитслужбою, її офісами та їх управліннями в областях державних фінансових аудитів: наказ Держаудитслужби України від 20.02.2017 № 39.

жави, правильності ведення бухгалтерського обліку і достовірності фінансової звітності, функціонування системи внутрішнього контролю суб'єктів господарювання державного сектора економіки, а також інших суб'єктів господарювання, що отримують (отримували у період, який перевіряється) кошти з бюджетів усіх рівнів та державних фондів або використовують (використовували у період, який перевіряється) державне чи комунальне майно¹.

Порядок, що затверджено постановою КМУ від 25.06.2014 № 214, визначає механізм проведення Держаудитслужбою, її міжрегіональними територіальними органами державного фінансового аудиту окремих господарських операцій, що здійснюються суб'єктами господарювання². Операційний аудит включає певні процедури, такі як: «1) проведення моніторингу господарських операцій суб'єктів господарювання, пов'язаних із придбанням товарів (послуг), вартість яких дорівнює або перевищує 100 тис. гривень, а також робіт, вартість яких дорівнює або перевищує 1 млн. гривень;... 9) обговорення проекту аудиторського звіту з керівником суб'єкта господарювання; 10) підписання аудиторського звіту та подання його керівникові суб'єкта господарювання»³. Разом із цим роз'яснень стосовно можливості віднесення операційного аудиту до категорії «державний фінансовий аудит» у законодавстві не наведено, а це має важливе практичне значення. Отже, існує проблема правового регулювання процедур державного фінансового контролю в Україні, і це лише один приклад.

Проведення дослідження дало підстави для висновків:

1. Указано, що саме недосконалість процедур державного фінансового контролю є основною причиною непритягнення винних за порушення фінансового законодавства до юридичної відповідальності, негативного ставлення громадськості до використання бюджетних коштів, а також низької позиції України у міжнародному рейтингу корупції при використанні бюджетних коштів.

2. У державі повинна існувати законодавчо визначена цілісна система державного фінансового контролю з чітким розподілом ролі, місця і повноважень контрольних органів, без дублювання функцій один одного. Важливо також чітко врегулювати процедури контролю, що проводиться різними органами публічного управління. Тільки у такому разі можна забезпечити належну від-

¹ Про затвердження Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами: постанова Кабінету Міністрів України від 20.04.2006 № 550.

² Про окремі заходи щодо забезпечення фінансового контролю за діяльністю суб'єктів господарювання державного сектора економіки: постанова Кабінету Міністрів України від 25.06.2014 № 214 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 53. – Ст. 1414.

³ Про окремі заходи щодо забезпечення фінансового контролю за діяльністю суб'єктів господарювання державного сектора економіки: постанова Кабінету Міністрів України від 25.06.2014 № 214 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 53. – Ст. 1414.

повідальність за фінансові правопорушення та забезпечити їхнє своєчасне попередження.

3. Формування сучасної нормативно-правової бази розвитку системи державного контролю у фінансовій сфері повинно відбуватися на засадах: інвентаризації, систематизації та кодифікації норм права щодо державного фінансового контролю; розробки та прийняття закону України «Про державний контроль в Україні»; ухвалення Концепції розбудови цілісної системи державного фінансового контролю; детальної правової регламентації контрольного процесу в постанові уряду «Про порядок державного фінансового контролю та притягнення до відповідальності за його порушення».

Ганна Колісникова,

*к.ю.н., асистент кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(Харків)*

ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ У ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

З розвитком України як демократичної, правової держави та поступовим входженням до економічної, гуманітарної, правової системи Європейського союзу. Необхідність нових понять та інститутів можна пояснити завдяки наявності потреби встановити конституційний пріоритет прав людини, її честі та гідності. Саме інститут відшкодування моральної шкоди є однією з правових новел, що відображає ці зміни.

Однією з головних правових гарантій дотримання прав і свобод людини, передбаченою Конституцією України, є право кожного на компенсацію за рахунок держави або органів місцевого самоврядування матеріальної і моральної шкоди, заподіяної їхніми незаконними рішеннями, діями або бездіяльністю.

Норми, що регулюють подібні відносини, відзначаються своєю новизною, яка спричиняє прогалини в чинному законодавстві і недоліки практики застосування такого інституту щодо критеріїв визначення розміру компенсації моральної шкоди та недосконалість механізмів компенсації. Тому питання компенсації моральної шкоди є одним з найбільших дискусійних у сучасній науці цивільного права. Для дотримання конституційних прав та законних інтересів громадян важливим є вирішення теоретичних і практичних аспектів цієї проблеми.

Під час застосування норм цивільного законодавства з відшкодування моральної шкоди використовується велика кількість оціночних понять, а суд відіграє вирішальну роль при їх правильному розумінні та застосуванні.

Досліджуючи законодавство України з питання відшкодування моральної шкоди, С. І. Шимон визначає низку категорій, за допомогою яких можна характеризувати моральну шкоду. Суд повинен враховувати: характер моральних

страждань (прості переживання, душевні страждання, психічні страждання, пов'язані з фізичним боєм); вид психічних страждань (занепокоєння, сором, приниження, відчай); глибину моральних страждань (незначний, значний, сильний, нестерпний душевний біль); час, що минув із моменту закінчення дії; ін.. спеціальні критерії, передбачені законодавством¹. Привертає увагу методика визначення розміру моральної шкоди, запропонована О. М. Ерделевським. Вона вказує на застосування принципу еквівалентності розміру відшкодування заподіяної моральної шкоди. За більшу моральну шкоду – більший розмір відшкодування, і навпаки. В основу цієї методики покладено співвідношення розміру санкцій різних статей Кримінального кодексу. За одиницю береться базовий рівень розміру компенсації моральної шкоди, який визначається з урахуванням страждань, які відчуває потерпілий під час заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю з особливою жорстокістю. Ерделевський звертає увагу на визначення презюмованої моральної шкоди. Це страждання, яке повинна відчути «нормально» реагуюча на скоєння щодо неї протиправної дії людина².

Автор розробив таблицю розмірів компенсації презюмованої моральної шкоди, яка містила різні види посягань на нематеріальні блага особи, застосовавши при цьому зазначений базовий рівень і співвідношення максимальних розмірів санкцій статей Кримінального кодексу.

Однак, концепція О. М. Ерделевського має певні недоліки, серед яких формальний підхід до врахування індивідуальних ознак особи потерпілого³. Несправедливо застосовувати єдине мірило щодо всіх, адже різні індивідуальні ознаки особистості не однаково впливають на силу страждань.

На основі дослідження методик визначення розміру компенсації моральної шкоди, можна стверджувати про врахування таких чинників як характеру вчиненого правопорушення, інтенсивності, тривалості протиправних дій, суті негативних змін у житті потерпілого, глибини і тривалості душевних переживань, часу на відновлення нормального стану потерпілого⁴.

Щодо розмірів відшкодування моральної шкоди, то законодавець не встановлює мінімальний і максимальний розміри компенсації за моральну шкоду. Виміряти розмір, глибину, силу людського болю неможливо, а тому говорити про еквівалент відшкодування буде недоречно. Розмір відшкодування не може

¹ Кучер В. О., Поляк С. П. Визначення розміру компенсації моральної шкоди. – URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvlduvs_2014_1_15.pdf

² Крисань Т. Є. Правові аспекти відшкодування моральної шкоди у цивільно-правових відносинах. – URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2011_4/218.pdf

³ Кучер В. О., Поляк С. П. Визначення розміру компенсації моральної. – URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvlduvs_2014_1_15.pdf

⁴ Там само.

бути незначним, щоб не втратити свого призначення, чи настільки великим, щоб не призводити до безпідставного збагачення потерпілої особи.

З одного боку правильно, що цивільне законодавство не визначає розміри компенсації моральної шкоди, а з іншого це призводить до диспропорцій розміру присуджених виплат. Однак є обов'язковим при визначенні розміру моральної шкоди дотримання вимог справедливості та розумності (ст. 23 ЦК)¹.

На підставі вищезазначеного можна зробити висновок, що інститут відшкодування моральної шкоди належить до відносно нових інститутів цивільно-правової відповідальності, його стан у сфері нормативної регламентації є прийнятним. Велике значення буде мати розроблення методик обчислення моральної шкоди з метою їх застосування в судовій практиці. Це допоможе полегшити роботу суддів під час визначення розмірів такої компенсації та забезпечить захист порушених прав і свобод громадян. Величини моральної шкоди повинні мати для судів рекомендаційний характер. Це зумовлено чималою кількістю ситуацій пов'язаних зі спричиненням моральної шкоди, що не дозволяє повністю враховувати всі випадки. Прийняття нормативно-правових актів із зазначеним способом захисту прав людини буде мати велике значення. Коли права людини стануть пріоритетом для нашого суспільства, тоді можна буде говорити про нашу державу як незалежну і демократичну.

Ирина Комоцкая,

к.ю.н., ведущий научный сотрудник

*Национального центра законодательства
и правовых исследований Республики Беларусь
(Минск, Беларусь)*

ВОПРОСЫ ПЕНСИОННОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГРАЖДАН УКРАИНЫ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Анализ пенсионного обеспечения иностранных граждан, в том числе граждан Украины, проживающих на территории Республики Беларусь, позволил выявить отдельные вопросы, которые требуют принятия мер по совершенствованию национального законодательства, а также выработки совместных решений стран по отдельным проблемным вопросам пенсионного обеспечения.

В настоящее время пенсионирование граждан Украины в Беларуси осуществляется на основании ряда международных соглашений, построенных на территориальном принципе, а также согласно положениям национального законодательства Республики Беларусь². При этом в случаях, когда международ-

¹ Цивільний кодекс України //Відомості Верховної Ради України – 2003. – № 40-44 – ст.356.

² *Соглашение о гарантиях прав граждан государств – участников Содружества Независимых Государств в области пенсионного обеспечения*, 13 марта 1992 г. [Электронный

ными соглашениями (договорами) о социальном (пенсионном) обеспечении между Республикой Беларусь и другими государствами предусмотрены иные правила, чем те, которые содержатся в национальном законодательстве о социальном (пенсионном) обеспечении, применяются правила, установленные этими международными соглашениями (договорами).

Важно указать, что в последние годы наметилась тенденция увеличения международной миграции населения, в частности отмечается увеличение количества граждан Украины, пребывающих на территорию Республики Беларусь¹. Статистические данные трудовой миграции подтверждают необходимость сближения стран по выработке двусторонних мер по учету периодов трудовой деятельности на территории одной из них в соответствующий стаж при определении права и назначении пенсий.

Анализ правоприменительной практики пенсионного обеспечения граждан Украины в Республике Беларусь позволил выявить отдельные недостатки. В частности отмечаются определенные сложности подтверждения стажа работы граждан Украины, осуществлявших трудовую деятельность на территориях, в настоящее время объявленных Донецкой и Луганской Народными Республиками (далее – ДНР и ЛНР). Поскольку данные территориальные образования Республикой Беларусь не признаны, выданные соответствующими органами ДНР и ЛНР документы, подтверждающие стаж работы на указанных территориях, являются недействительными. В этой связи такие периоды работы исключаются при определении права на пенсию украинских граждан.

Следует отметить, что на основании Указа Президента Республики Беларусь от 30 августа 2014 г. № 420 «О пребывании граждан Украины в Республике Беларусь» в целях сохранения и развития дружественных отношений между нашей страной и Украиной, а также предоставления помощи гражданам Украины, оказавшимся в трудной жизненной ситуации, для них предусмотрен ряд льгот и гарантий в социально-трудовой сфере (в том числе предоставлено право на медицинское обеспечение, образование, государственные пособия семьям, воспитывающим детей, и пособия по временной нетрудоспособности, установлены определенные льготы по привлечению украинских граждан для осуществления трудовой деятельности и т.п.). Вместе с тем вопрос о порядке

ресурс] // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017; *Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Украины о гарантиях прав граждан в области пенсионного обеспечения*, 14 дек. 1995 г. [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017; *О пенсионном обеспечении* [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь, 17 апр. 1992 г., № 1596-ХІІ (с изм. от 09.01.2017) // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017 (далее – Закон о пенсионном обеспечении) и др.

¹ Справка о миграционной обстановке в Республике Беларусь за 2016 год [Электронный ресурс] / М-во внутренних дел Респ. Беларусь. – URL: <http://mvd.gov.by/main.aspx?guid=9871>. – Дата доступа: 01.10.2017.

подтверждения стажа работы украинских граждан, работавших на территориях, объявленных ДНР и ЛНР, до настоящего времени не решен.

Выявлены также определенные различия при подсчете стажа работы украинских граждан и граждан Республики Беларусь. В соответствии с названными ранее международными соглашениями, построенными на основании территориального принципа, стаж работы иностранных граждан подсчитывается в календарном порядке независимо от величины заработной платы и без применения поправочного коэффициента. При этом для граждан Республики Беларусь при исчислении стажа за периоды работы и (или) иной деятельности после 1 июля 1998 г. применяется следующее правило: если среднемесячный фактический заработок (доход), из которого уплачены обязательные страховые взносы в бюджет фонда, за календарный год (либо менее календарного года, если в соответствующем году имели место прием на работу или увольнение, регистрация или исключение из числа плательщиков обязательных страховых взносов либо другие подобные обстоятельства) оказался ниже минимальной заработной платы, установленной законодательством, в стаж работы для назначения пенсии засчитывается период, определяемый с применением поправочного коэффициента.

Наряду с указанным для украинских граждан и граждан Республики Беларусь установлен различный порядок включения соответствующих периодов в стаж работы. Для граждан Республики Беларусь периоды, указанные в части второй ст. 51 Закона о пенсионном обеспечении (обучение, служба в армии, уход за ребенком до достижения им возраста 3 лет и т.п.), включаются в стаж работы, при этом в качестве фактического заработка в расчет принимается 40 % средней заработной платы работников в республике за соответствующие месяцы.

Для украинских граждан правило о включении периодов, установленных в ч. 2 ст. 51 Закона о пенсионном обеспечении, с учетом фактического заработка – 40 % средней заработной платы в республике за соответствующие месяцы не распространяется. При расчете размера пенсии периоды, указанные в ч. 2 ст. 51 Закона о пенсионном обеспечении, исключаются. При этом период, за который учитывается заработок для исчисления пенсии, смещается, включая только те из них, когда осуществлялась работа и иная оплачиваемая деятельность. В данном случае это более выгодно для лица, обратившегося за пенсией.

Таким образом, можно констатировать, что для граждан Украины предусмотрены более льготные условия подсчета стажа работы при определении права на пенсию и размера пенсии.

Увеличение миграции населения, а также отдельные вопросы пенсионирования граждан Украины и Беларуси предопределяют необходимость совершенствования международных договоренностей данных стран в области пенсионного обеспечения граждан при их переселении.

Представляется целесообразным расширение взаимодействия и сотрудничества стран по разработке и принятию двустороннего международного соглашения по вопросам пенсионного обеспечения граждан договаривающихся стран, построенного на пропорциональном принципе. Вместе с тем на ближайшую перспективу следует решить вопрос о подтверждении стажа работы граждан Украины, работавших на территориях, объявленных в настоящее время ДНР и ЛНР.

Artur Krakala,

*PhD, Department of Administrative Law and Administrative Science
Faculty of Law and Administration University of Lodz
(Lodz, Polska)*

REFORM OF EMPLOYMENT SYSTEM OF FOREIGNERS IN POLAND / РЕФОРМА СИСТЕМИ ЗАНЯТОСТІ ІНОЗЕМЦІВ У ПОЛЬЩІ

1. Introduction

Legal solutions concerning the legal status of foreigners and their employment in Poland have come a long way. Since the accession of Poland to the European Union, the legal status of foreigners is not homogeneous. There are two groups of foreigners – citizens of the European Union and their families and other foreigners. It should be emphasized that the rules of employing foreigners in Poland are not uniform and depend on the nationality of the foreigner, or the type of work. Due to the framework of the elaboration, the employment of foreigners who are not EU citizens will be presented below.

The basic condition for the legal work of a foreigner is his/her legal stay in the territory of the Republic of Poland. Among foreigners residing legally in the territory of the Republic of Poland, the legislator distinguished many categories of foreigners who, depending on their legal situation, either are required to hold a work permit or have no such obligation¹.

2. New Aliens Act

Starting in the 90's, a foreigner who wanted to work in Poland was required to obtain a residence permit and additionally a work permit. The new Aliens Act², which has been in force for three years, has introduced a significant change in this area. For the first time the legislator combined in one permit and in one procedure obtained the right of residence and work permit by the alien. Obtaining a temporary residence

¹ Article 87 (1) and (2) of the Act of 20 April 2004 on promotion of employment and labor market institutions (uniform text: Dz. U. of 2017, item 1065, as amended) – hereinafter referred to as A.P.E.

² The Alien Act of 12 December 2013 (uniform text: Dz. U. of 2016, item 1990, as amended) – hereinafter referred to as A.A.

permit and work has significantly simplified and shortened the current procedure. The introduction of a new residence permit to the Polish legal order was connected with the implementation of Directive 2011/98 / EU of the European Parliament and of the Council¹. To obtain this permit, the alien must meet the following conditions:

- the foreigner has health insurance or a document certifying that the costs of treatment in the territory of the Republic of Poland will be covered by the insurer and a source of steady and regular income sufficient to cover the cost of subsistence for the foreigner himself/herself and family members dependent on him/her,
- the foreigner has guaranteed place of accommodation in the territory of the Republic of Poland,
- the salary specified in the written agreement concluded by the foreigner with the entity entrusting the performance of work, based on which the work is to be performed, is not lower than the salary of employees performing work of comparable type on a comparable position within the same working time,
- the entity entrusting the performance of work is unable to satisfy its staffing needs within the local labour market (art. 114 (1) A.A.).

Temporary residence and work permit is granted for the period necessary to fulfill the purpose of stay of a foreigner in Poland over 3 months to 3 years, with the possibility of applying for further permits. It should be remembered that obtaining a temporary residence permit and work permit does not relieve the fulfillment of specific requirements for the performance of regulated professions or activities (Article 115 A.A.). It should be emphasized that the residence by a foreigner in Poland on the basis of a Schengen visa or a national visa issued for tourist purposes, participation in asylum proceedings, the use of temporary protection, the arrival on humanitarian grounds, the interest of the state or international obligations does not entitle to do work without getting a work permit. In such a situation, a foreigner may, on a general basis, apply for a temporary residence permit and work permit or a work permit and work permit visa².

The new Aliens Act provides for the issue of temporary residence permit in order to work in a highly – qualified employment. This type of permit is called the «EU Blue Card», whose introduction to the Polish legal system aims to transpose Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment³. This is the first of a package of directives on the reception of migrant workers by EU Member States, announced by the European Commission in its «Policy Plan on Legal

¹ Directive 2011/98/EU of The European Parliament and of The Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State (OJ L No 343/201, p. 1).

² See art. 88 and next A.P.E.

³ OJ L 155 of 18.06.2009, p. 17.

Migration»¹, and confirmed in European Parliament resolution of 26 September 2007 on the policy plan on legal immigration². A temporary residence permit for the purposes of highly qualified employment shall be granted where the foreigner's stay in the territory of the Republic of Poland is due to highly qualified employment. This means that a foreigner must have a competence confirmed by a higher professional qualification³ who, regardless of the legal relationship between the parties, performs work to the benefit or under the supervision of another person against remuneration (Article 3 (24) A.A.). This permit is granted for a period longer than 3 months from the period of employment, but not longer than 3 years, with the possibility of applying for further permits.

In 2015 another reform of the employment system for foreigners was made. By the Regulation of the Minister of Labor and Social Policy of April 21, 2015 on the cases, which entrust the job to an alien on the territory of the Republic of Poland is allowed without obtaining a work permit⁴, among other things, exempt from the obligation obtaining a work permit citizens of the Republic of Armenia, Republic of Belarus, the Republic of Georgia, Republic of Moldova, the Russian Federation and Ukraine who perform work for a period not exceeding 6 months in over the next 12 months, regardless of the number of entities which confers them to perform work. Exemption from the obligation to obtain a work permit is to register before taking the job by a foreigner, a written declaration of intent to entrust the performance of work to this foreigner by the entity entrusting work to the District Employment Office. Such a simplified procedure is particularly important for the agricultural sector and is very flexible and, as a rule, does not provide special conditions for registration of the statement⁵. In recent years there has been a very fast growth of registered declarations, especially for the citizens of Ukraine, for which registers ok. 97% of all declarations. At the same time, it should be pointed out that the year-on-year rise the average number of declarations registered for one foreigner. In 2012, there were 1.14 declarations, 2013 – 1.24, 2014 – 1.32, 2015 – 1.45, 2016 – 1.56. However, a number of abuses have been reported recently. The lack of specific conditions for registration of the declaration and lack of clear provisions for refusal of registration mean that an increasing number of declarations are made apparently.

3. Amendments from 2017

On 20 July 2017, the Sejm adopted an amendment to the A.P.E., which aims to implement the Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council

¹ COM/2005/0669 final.

² OJ C 219E of 28.8.2008, p. 215.

³ Higher professional qualifications – qualifications obtained on completion of higher education or at least a five-year professional experience at a level comparable to the level of qualifications obtained on completion of higher education, required to perform work specified in the employment agreement or a job offer.

⁴ Dz. U. of 2015, item 588.

⁵ See § 1 point 20 of Regulation from 2015.

of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers¹. In addition, the amendment has removed certain pathologies that resulted from the application of the regulation from 2015. Introduces a new type of work permit – a seasonal work permit². A seasonal work permit is issued by the Governor for up to nine months in a calendar year. Work on the basis of a registered by the Governor the declaration of intent to entrust the performance of work will be able to be performed for a period of six months in the next 12 months. Workers of all third countries may apply for a seasonal work permit. This is a significant extension to the system of declarations, which encompasses citizens of only six selected countries. However, citizens of selected countries will be subject to preferences, eg: they will be exempted from the need to obtain information from the Governor about lack of opportunities to meet staffing needs.

On 21 August 2017 The Government has submit the draft Act amending the Aliens Act and certain other acts³, which primarily aims to adjust the Polish legal order to a Directive 2014/66/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intra-corporate transfer⁴. In addition, the proposed amendments are also intended to provide a better legal framework for the conscious management of migration in Poland and for the admission of aliens, having regard to the need to introduce specific legal regulations for foreigners studying in Poland, for graduates of Polish universities and for persons taking up employment in Poland, including the professions desired for the Polish economy⁵. Thus, it is proposed to among others leaving the requirement for a stable and regular source of income by a graduate of the Polish University in proceedings for the granting of temporary residence permit for having provided maintenance in Poland.

The amendment provides for the introduction of new temporary residence permits in order to performance of work within the framework of intra-corporate transfers and temporary residence permits for long-term mobility. Legal solutions are also provided to allow intra-corporate transnational mobility to benefit from short-term mobility within the EU.

4. Summary

The issue of employing foreigners is still valid, which is influenced by the economic, social and demographic situation of Poland, as well as EU legislation. The new regulations complement the existing employment gaps in the employment of foreigners, such as intra-company employment and harmonization of EU procedures. Taking

¹ OJ L 94, 28.3.2014, p. 375.

² Member States must specify the types of work covered by the permit, while Directive 2014/36/EU directly identifies the three sectors where the work is seasonal – agriculture, horticulture and tourism.

³ Sejm print no 1780.

⁴ OJ L 157, 27.5.2014, p. 1.

⁵ The list of such professions will be laid down in the Implementing Regulation.

into account the European Pact on Immigration and Asylum, adopted by the European Council on 24 September 2008¹ and the Stockholm Program, adopted by the European Council on 11 December 2009², further EU legislative activity is expected to progressively establish area of freedom, security and justice. This will also affect Polish law, which has undergone major changes in the legal status of foreigners.

Олег Кужель,
*аспірант відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

СУБ'ЄКТИ НАДАННЯ ПРАВОВИХ ПОСЛУГ

Підвищений інтерес органів публічної влади та суспільства до проблем захисту прав і свобод людини та громадянина, свідчить про актуальність розвитку та удосконалення діяльності з надання правових послуг в Україні. Існуючий вітчизняний ринок правових послуг складний і багатоманітний за суб'єктним складом. Проблема визначення суб'єктів правових послуг завжди викликала інтерес у науковців та практиків. До неї зверталися І.В. Венедиктова, Д.Г. Степанович, Т.І. Ільїна, Д.В. Музюкін, О.В. Орлов, В.Ю. Панченко, В.П. Третякова та ін. На їх думку, суб'єктами надання правових послуг є особи, які беруть участь у правових відносинах, які виникають у зв'язку з необхідністю забезпечення, захисту чи реалізації прав і свобод. Для виникнення таких правовідносин необхідні два суб'єкти: той, кому надається правова послуга – послогоодержувач, і суб'єкт, який надає правову послугу – послогоодавець. При цьому, передумовою для надання правових послуг є інтерес послогоодержувача, його ініціатива, звернення до суб'єкта надання правової послуги. Слід зазначити, що правова послуга не може і не повинна надаватися всупереч волі послогоодержувача.

Послогоодержувачем може бути будь-який суб'єкт, у якого є законні підстави та виникла необхідність (потреба) одержати правову послугу. Як зазначає В.Ю. Панченко, характерною властивістю послогоодержувача є нездатність самостійно, своїми діями реалізувати права, свободи та законні інтереси³. Така потреба може виникнути внаслідок відсутності спеціальних правових знань і практичних навичок, наявності юридичних та фактичних перешкод для

¹ This pact is intended to be the basis for European Union immigration and asylum policies in a spirit of mutual responsibility and solidarity between Member States and a renewed partnership with non-EU countries. (Not published in the Official Journal).

² Communication from the Commission to the Council – Contribution to the EU Position for the United Nations' High Level Dialogue on Migration and Development, Brussels, 14 of July 2006 (COM(2006) 409 final).

³ Панченко В.Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории): монография / Панченко В.Ю. – Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2011. – с. 103.

самостійного використання своїх правових можливостей, відсутність правомочності щодо реалізації прав і свобод у сфері права.

Суб'єктом надання правових послуг в організаційно-структурному аспекті може бути як юридична, так і фізична особа, що діє в установленому законом порядку і може здійснювати юридичну діяльність, пов'язану з наданням такого виду послуг. Питання про надання правових послуг юридичними особами є дискусійним у юридичній літературі. Така дискусія ведеться переважно цивілістами і викликана наявністю законодавчого положення про те, що виконавець повинен надати послугу особисто (ч. 1 ст. 902 ЦКУ). Відсутність у ЦКУ спеціальних вказівок на суб'єктний склад договору про надання послуг, дозволяє стверджувати, що виконавцем правових послуг можуть бути не лише фізичні особи, а й юридичні. Ми поділяємо позицію В.П. Третьякової, яка виправдовує широкий підхід до розуміння кола суб'єктів, що надають правові послуги. Авторка вважає виправданим те, що правові послуги можуть надаватися юридичними особами безпосередньо через їх співробітників¹. Це не суперечить змісту ст. 902 ЦКУ про особисте виконання правової послуги фахівцем. Проте ефективність і якість надання правових послуг може бути підвищена за допомогою організації колегіальної практики компетентних фахівців, які об'єднують свої зусилля для надання правових послуг відповідно до своїх знань і вмінь за рахунок формування механізмів колегіального контролю, наставництва, фахового керівництва, розподілу професійних обов'язків, формування відповідальності та організації ефективної взаємодії з клієнтами і суспільством загалом.

За рішенням Конституційного Суду України до суб'єктів, що надають правові послуги належать: державні органи України, до компетенції яких входить їх надання (зокрема, Міністерство юстиції України, Міністерство соціальної політики України, нотаріат тощо); суб'єкти підприємницької діяльності, які можуть надавати правові послуги клієнтам відповідно до норм законодавства; об'єднання громадян, які створюються відповідно до ст. 36 Конституції України для здійснення і захисту своїх прав і свобод; адвокатура України як спеціальний уповноважений правозахисний професійний інститут, однією з функцій якого є захист прав і свобод особи у суді².

Надання правових послуг передбачає правове сприяння у реалізації прав, свобод і законних інтересів послугоодержувача, що здійснюється правником-професіоналом. Порядок і умови надання правових послуг у судовому процесі

¹ Третьякова В.П. Обязательства возмездного оказания юридических услуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.П. Третьякова. — Томск, 2009. — с. 19-20.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 47. — Ст. 109.

унормовуються положеннями галузевого законодавства (ст. 16, 56, 59 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 268 Кодексу України про адміністративні правопорушення, ст. 12, 44 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 45, 46 Кримінального процесуального кодексу України). Представництво в суді є способом реалізації суб'єктом своїх прав та обов'язків у разі, якщо він з певних причин не має можливості безпосередньо взаємодіяти з іншими учасниками правовідносин. Одним із його видів є представництво за договором, тобто письмовою угодою, якою суб'єкт права уповноважує фізичну або юридичну особу представляти його інтереси у правових відносинах з судом і учасниками судового провадження. Звертаючись із заявою про відкриття судового провадження, така особа повинна мати процесуальну правосуб'єктність, яка в різних видах судочинства має особливості, пов'язані з її реалізацією¹.

Зокрема ст. 132 2 Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» встановлено, що тільки адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Разом з тим, передбачено винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена. У таких випадках законодавчо передбачена можливість судового представництва іншого фахівця-правника, який за законом має право надавати правові послуги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Питання представництва у суді є дискусійним як у колах науковців, так і практиків. На думку судді Конституційного Суду України С.Л. Вдовіченка, залучення адвоката як представника для вирішення і розв'язання спорів в інших державних органах не може бути обов'язковим, особа повинна мати право залучати в якості захисника фахівця в певній галузі права (наприклад, вченого з науковим ступенем у певній галузі права, фахівців юридичних фірм тощо). Також юридичні особи не можуть бути позбавлені права на безпосереднє представництво своїх законних інтересів чи то в суді, чи то в іншому органі державної влади, зокрема, керівниками суб'єктів господарювання або штатними юрисконсультами, юристами – працівниками власних структурних підрозділів тощо. Такі винятки щодо представництва іншими, крім адвокатів, особами мають бути врегульовані на законодавчому рівні, що обумовлено

¹ Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Пономарьова Сергія Сергійовича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 148 Кодексу законів про працю України від 31.05.2011 року № 15-у/2011 // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 6. – Ст. 163.

особливостями категорії справи, правовідносин чи статусом особи, права, свободи чи законні інтереси якої підлягають захисту¹.

Як показує аналіз матеріалів, розглянутих Вищою кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури, рівень кваліфікації окремих адвокатів є достатньо низьким, зростає кількість скарг на низьку якість роботи адвокатів, порушення ними Присяги адвоката України, Правил адвокатської етики². Тому, на наше переконання, важливо перенести дискусію у площину встановлення на законодавчому рівні критеріїв професійності та кваліфікованості суб'єктів, що допускаються у якості представників у судах, які забезпечуватимуть надання правових послуг, дотримуючись вимог професійності та важливості досягнення максимально ефективного результату для клієнта. Тому важливо встановити вимоги, що пред'являються до якості надання правових послуг.

Так, В.П. Третьякова зазначає, що вимога якості правової послуги повинна відноситись як до процесу її надання, так і до її результату. Умовами надання якісних правових послуг є: інформованість замовника про виконавця правових послуг, про їх обсяг, види та ціну; ліцензування правових послуг; професіоналізм виконавця (спеціалізація, інформованість замовника про очікуваний результат); можливість використання результату правової послуги в розумні терміни; технічний рівень виконання правових послуг (грамотне складання документів, обґрунтованість, вмотивованість консультацій); якість обслуговування (етичність, активність, ввічливість тощо)³.

Підсумовуючи вищевикладене зазначимо, що надання правових послуг вимагає певного рівня їх структурованості та організованості. Держава створює умови для надання правових послуг особам, підтримуючи і розвиваючи систему органів, установ та організацій, що забезпечують їх надання: адвокатура; нотаріат; інститут Уповноваженого з прав людини; правозахисні організації; центри надання первинної та вторинної правової допомоги; поліція; органи юстиції; прокуратура; юридичні фірми; юридичні клініки; детективні служби; патентні повірені; юридичні служби підприємств, установ і організацій; профспілки; фізичні особи, діяльність яких пов'язана з охороною і захистом прав і свобод людини і громадянина; юридичні видавництва, що видають літературу правового характеру; громадські приймальні; інформаційно-правові центри; фірми, що поширюють юридичні бази даних за допомогою комп'ютерних

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Вдовіченка С.Л. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від від 27.01.2016 року // Вісник Конституційного Суду України. – 2016. – № 2-3. – Ст. 98.

² Рішення № V/21-421 Вища кваліфікаційна комісія адвокатури при Кабінеті Міністрів України, розглянувши у відкритому у відкритому засіданні питання щодо необхідності підвищення кваліфікації адвокатів України, пропозиції щодо нормативного врегулювання від 03.09.2010 року. – URL: <http://vkdka.org/doc-1433/>

³ Третьякова В.П. Там само. – С. 22.

технологій тощо. Важливо підкреслити, що кваліфіковане надання правових послуг передбачає професіоналізм послугодавця та якість наданих правових послуг.

Iryna Lagutina,
*Doctor of Legal Sciences, Associate Professor,
Head of Labour Law and Social Security Law Department of
National University «Odessa Law Academy»*

THE RIGHT TO EQUAL PAY FOR EQUAL WORK WITHOUT DISCRIMINATION

Labour remuneration, is the foundation of the relationship between employer and employee. Level of pay, to a great extent, influences the job satisfaction, quality of work and standard of living of employees, which depends on complexity and conditions of work, the employee's professional business skills and economic activity of the enterprise.

It is worth highlighting that article 23 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly on December 10, 1948, declares, in part, that: «Everyone without discrimination has the right to equal pay for equal work».

Article 24 of the Ukrainian Constitution explicitly guarantees that equality of rights of men and women shall be ensured.

Under Article 94 of Labour Code of Ukraine any reduction in payment for work based on age, gender, race, or other personal affiliation is prohibited.

Also, the Law of Ukraine «On Ensuring Equal Rights and Opportunities of Women and Men» was passed in 2005, with the aim of ensuring equity of men and women in all spheres of society, including employment, and provides special measures to address existing inequalities. Article 17 sets out that equal rights and opportunities shall be granted to men and women in the field of employment, job promotion, skills development and retraining. Similarly, discriminatory job advertisements and prospective employer inquiries into the private life of job applicants are prohibited.

Inequality in pay between men and women remains high in Ukraine.

According to the World Economic Forum's global gender gap index, in 2017, Ukraine ranked 69 out of 142 countries. Ukraine's legal framework as well as the capacity of labour market institutions needs to be further strengthened in the area of discrimination in employment and occupation to fully implement the observations of ILO supervisory bodies.

Although the current legislation provides for the principle of equal remuneration for equal or same work, the principle of equal remuneration for work of equal value as enshrined in ILO Convention No. 100 on Equal Remuneration is not fully implemented in national labour law.

According to the data of the Federation of Trade Unions of Ukraine, inequalities in wages in Ukraine are deepening. Thus, the ratio of wages between the main occupation employee and the head of the enterprise sometimes reaches 1: 200, the difference between the salaries of employees of the budget and non-budget sectors is 30%, and the gender pay gap is almost 25%.

It is important to bear in mind that gender pay gap – difference in average wage between men and women – remain a global concern. Enterprise-level job evaluations remain an essential complement to legislation guaranteeing the right to equal wages for work of equal value, effective enforcement of this right by governments, and effective access to justice for employees to claim this right.

The current issue of wage arrears remains, which has already reached almost 2.4 million UAH and has a tendency to increase during the current year. Today, the most important issue for Ukrainian employees is the improvement of wages, which is decisive in the system of labour relations, not only because it concerns the interests of the main part of the population, but also because it influences the development and future of economic reforms in the state.

The gender pay gap between men and women was certainly the most widely debated form of pay gap across Europe, both in the wider public and among policy-makers, including social partners.

Competitive salary is an important element of decent work. This was stated during a speech at the round table on the subject «Decent work – productive employment, decent salary, modern safe workplaces» said the First Deputy Minister of Social Policy of Ukraine. The event was held on the occasion of the International Day of Decent Work, which was launched on the initiative of the International Confederation of Trade Unions and is celebrated every year on October 7.

In the direction of ensuring of decent work, the Ministry of Social Policy actively cooperates with the International Labour Organization. «Memorandum of Understanding on the implementation of the Decent Work for Ukraine Program for the period 2016-2019» was signed.

The powers of the State Service of Ukraine on labour issues in the sphere of exercising state supervision and control over the observance of labour legislation are legally strengthened.

The functions of control over observance of labour legislation to local self-government bodies were particularly transferred.

Approximation of Ukraine's legislation to the EU Framework Directive on Occupational Safety and Health and a number of other directives on working conditions are being implemented.

Not surprisingly, labour remuneration of the employees of enterprises shall be of primary importance. All other payments shall be conducted by the enterprise after it fulfills its duties regarding labour remuneration.

Collective bargaining have the potential to simultaneously reduce inequality between and within enterprises. Collective bargaining can similarly help in reducing

wage inequality within and between enterprises in much the same way. When collective bargaining takes place at the national, industry and/or branch level in multi-employer settings with coordination across levels, a larger proportion of workers are covered and inequality is likely to be reduced both within and between enterprises.

The social partners have been active at national level in promoting equal pay through a wide variety of tools and means, such as: awareness-raising activities and training measures; production of studies; statistics and wage-comparison tools; development of toolkits aimed at tackling the gender pay gap in negotiations and collective bargaining; involvement in consultative national commissions dealing with equal pay. In the developing world, in particular, many employees consider that they never really had an adequate living wage. The pattern of economic growth in recent years in developing and emerging economies has not translated into «decent work» for all – work that meets people’s aspirations in their working lives, providing them with a decent income.

Finally, it is important to acknowledge that the potential influence of the social partners can be of a direct nature through negotiations over pay or of an indirect nature through the creation of working conditions and a social environment that is favourable to a more equal share of work and pay.

Анна Ландіна,

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПЕЦІАЛЬНОГО СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Для констатації наявності події злочину, виходячи із теорії кримінального права, потрібно встановити склад злочину – тобто наявність всіх його чотирьох елементів. Одним із них є суб'єкт злочину, який є ключовою фігурою будь-якого суспільно небезпечного діяння. Адже саме суб'єкт реалізує об'єктивну сторону злочину у виді дії чи бездіяльності (із усіма факультативними ознаками за необхідністю), спрямовує свої злочинні діяння проти охоронюваного кримінальним законодавством об'єкта; від внутрішнього психічного ставлення суб'єкта злочину до вчинюваного діяння залежить, чи буде суспільно небезпечне діяння кваліфіковане як злочин.

Для правильної кваліфікації злочинів та призначення відповідного покарання за його вчинення потрібно встановити якомога чітко всі ознаки суб'єкта злочину, які можуть вплинути на цю кваліфікацію та вид і розмір покарання. Обов'язкові ознаки суб'єкта злочину чітко визначені у ч. 1 ст. 18 КК України,

до яких належать вік, фізичність, осудність і вчинення суспільно небезпечного діяння.

Водночас суб'єкту злочину можуть бути властиві й інші ознаки, які не є обов'язковими і не визначені чітко у кримінальному законодавстві, але які можуть впливати як на кваліфікацію, так і на покарання. Особи з ознаками, які підвищують чи зменшують ступінь суспільної небезпечності вчиненого, згідно з теорією кримінального права та нормами КК України набувають статусу спеціального суб'єкта злочину. Згідно із ч. 2 ст. 18 КК України, Спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

До таких, що можуть мати значення для кваліфікації суспільно небезпечного діяння та призначення покарання, належать (згідно із кримінальним законодавством) статева ознака, вікова ознака, психофізіологічний стан та соціальна ознака (сфера діяльності, посада, місце роботи тощо).

У ч. 3 та ч. 4 ст. 18 КК України увага акцентується лише на такому спеціальному суб'єкті злочину, як службова особа. Саме тому деякі автори у межах кримінальної відповідальності спеціального суб'єкта злочину досліджують лише службову особу¹. Така позиція є помилковою, оскільки на кваліфікацію та призначення покарання впливають не лише ознаки, властиві службовій особі як спеціальному суб'єкту злочину, а і властиві іншим видам таких суб'єктів.

Виходячи з цього, що спеціальним суб'єктом визнається службова особа, як правило, вчинення злочину спеціальним суб'єктом вважається обставиною, що підвищує ступінь суспільної небезпечності. Але насправді окремі ознаки, які характеризують суб'єкт злочину, можуть навпаки – свідчити про знижений ступінь суспільної небезпечності окремих видів злочинів.

До таких можна віднести вікову ознаку – у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння неповнолітнім, притягнення до відповідальності яких регулюється окремими нормами КК України. На перший погляд тут немає проблем, оскільки встановити вік особи на момент вчинення злочину не так вже й важко. Але, по-перше, інколи важко встановити, коли саме було вчинено злочин – до досягнення особою віку кримінальної відповідальності за відповідний злочин чи ні. А, по-друге, останнім часом назріла нагальна проблема зміни віку кримінальної відповідальності у КК України у зв'язку із тим, що останнім часом почастишали випадки вчинення злочинів неповнолітніми, які не досягли віку кримінальної відповідальності, а тому застосувати до них засоби кримінально-правового впливу неможливо. Але у більшості випадків, як

¹ Осадча А.С. Спеціальний суб'єкт злочину: генезис, функції, проблеми кваліфікації: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Анна Сергіївна Осадча. – Х., 2015. – 20 с.

свідчить практика, така особа чітко усвідомлювала не лише злочинність своїх діянь, але і факт безкарності за їх вчинення з огляду на норми КК України¹.

Так само до ознак спеціального суб'єкта злочину, що утворюють так звані привілейовані вид злочинів, належить психофізіологічний стан особи на момент вчинення злочину. Це, як регламентується кримінальним законодавством, стан сильного душевного хвилювання: за злочини, вчинені у такому стані, відповідні норми КК України визначають покарання, яке є меншим порівняно із покаранням за аналогічні злочини, вчинені у нормальному психічному стані. До особливих фізіологічних ознак можна віднести стан жінки відразу після пологів. Так, зокрема, ст. 117 КК України встановлює відповідальність для жінки, яка вбила свою новонароджену дитину, перебуваючи у особливому фізичному (водночас і психологічному) стані. До речі, ця норма визначає жінку як спеціального суб'єкта злочину, оскільки чоловік апріорі не може вчинити цей злочин.

При призначенні покарання за злочини, вчинені у особливому психофізіологічному стані, виникає проблема, яка полягає у тому, що як правило важко встановити, чи дійсно особа перебувала у такому особливому стані під час вчинення злочину. Тому це повинні визначати спеціалісти-експерти, які володіють відповідними знаннями та навичками. Але далеко не завжди це вдається зробити правильно.

Соціальна ознака спеціального суб'єкта злочину як правило збільшує ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину: це зазвичай вчинення особою злочину із використанням свого службового становища. По-перше, використання свого службового становища покликане полегшити вчинення злочину і значно збільшити шанси доведення його до кінця. По-друге, вчинення злочину службовою особою із використанням свого службового становища посягає, окрім основного об'єкта злочину, на додатковий обов'язковий, яким є порядок забезпечення авторитету державної влади та окремих державних органів, установ та організацій, що значно підвищує ступінь суспільної небезпечності, оскільки відбувається посягання на дві і більше складові загального державного правопорядку.

При кваліфікації злочинів, вчинених службовою особою з використанням свого службового становища може виникнути така проблема, як встановлення того факту, що для вчинення певного злочину дійсно було використане службове становище. Також потрібно довести, що вчинення конкретного злочину було пов'язане саме із професійною (чи іншою спеціальною) діяльністю особи, яка його вчинила.

Вказаними проблемами притягнення до кримінальної відповідальності спеціального суб'єкта злочину не вичерпується. Так, зокрема, трапляються

¹ Ландіна А.В. Проблеми вікової ознаки суб'єкта злочину / А.В. Ландіна // «Ольвійський форум – 2015: стратегії країн Причорноморського регіону в геополітичному просторі»: тези. – Миколаїв: Вид-во ЧДУ ім. Петра Могили, 2015. – Том 4. – С. 27-29.

випадки, коли злочин вчиняється спеціальним суб'єктом, який поєднує декілька вказаних ознак. Особливо проблемними можуть стати випадки, коли суб'єкт злочину одночасно наділений і ознакою, що підвищує ступінь суспільної небезпечності, і ознаку, яка його знижує. Наприклад, особа вчиняє умисне вбивство використовуючи своє службове становище, але під час його вчинення перебуває у стані сильного душевного хвилювання, що є обставиною, яка зменшує покарання. Можливі й інші подібні випадки.

За таких умов правоохоронні органи та суд повинні чітко зважити вплив кожної з обставин на злочин у цілому і винести обґрунтоване рішення щодо виду та розміру покарання для особи, винуватої у вчиненні злочину. Для полегшення вирішення вказаної проблеми потрібно створити нормативно-правовий акт, який визначить, наскільки кожна з ознак, що характеризують спеціального суб'єкта злочину, у разі їх поєднання впливає на ступінь суспільної небезпечності. Крім того, необхідно також на законодавчому рівні визначити, які ознаки можуть бути властиві спеціальному суб'єкту злочину, окрім службового становища. Ці заходи сприятимуть більш ефективній діяльності органів кримінальної юстиції.

Юлія Локшина,

*аспірантка відділу європейського права та міжнародної інтеграції
Інституту Законодавства Верховної Ради України
(Київ)*

ЗАГАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ТОРГІВЛІ У ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Не дивлячись на широку лібералізацію міжнародної торгівлі товарами та зменшення торговельних бар'єрів, глобальні ринки все ще відчувають вплив недобросовісних торговельних практик, таких як демпінг та нелігитимне субсидування, а також масованого імпорту. Як і інші учасники міжнародного ринку товарів, Європейський Союз діє таким чином, щоб протидіяти шкоді, що може бути завдана вітчизняній галузі промисловості. Так, багато європейських документів наголошують на потребі «відстоюванні інтересів Спільноти для дотримання правил вільної конкуренції та її відновлення, у разі її порушення».¹

Зазначимо, що на перших етапах, а саме до прийняття угоди ГАТТ у 1947 році та протягом перших років її застосування на міжнародному рівні основними державами, що використовували засоби захисту торгівлі як інстру-

¹ EC Seventeenth Annual Report from the Commission to the European Parliament on the Community's Anti-dumping and Anti-subsidy Activities, 1998.

мент торговельного захисту були США, Канада, Австралія та Нова Зеландія.¹ Європейський союз став одним із головних суб'єктів використання засобів захисту торгівлі, починаючи з кінця 1970-х років. В цей же період і набули чинності перші законодавчі акти Співтовариства щодо засобів захисту торгівлі. Так, спочатку у 1968 році Європейський Союз підписав перший Антидемпінговий кодекс ГАТТ, а потім і інші міжнародні угоди в сфері антидемпінгових, компенсаційних та захисних заходів. Загалом, як зазначають деякі вчені, еволюція антидемпінгового законодавства ЄС завжди характеризувалась високим ступенем точності матеріального права стосовно визначення демпінгу, завданої шкоди та інтересу Співтовариства, а також чітким дотриманням процедур і законодавчих вимог.²

Сучасний період регулювання заходів захисту торгівлі в Європейському союзі розпочався з імплементації результатів Уругвайського раунду переговорів в рамках ГАТТ у законодавство Співтовариства. Так, перші спеціалізовані документи з регулювання цього виду заходів захисту торгівлі, а саме Регламент (ЄС) 3283/94, Регламент (ЄС) 384/96 та Рішення 2277/96/ECSC були прийняті у 1994 році. Так, Рішення 2277/96/ECSC поклало основу для антидемпінгового регулювання щодо товарів, на яких розповсюджувалася Угода про створення співтовариства вугілля та сталі, а саме залізо, продукти сталі, що були включені у Додаток 1 цієї Угоди.

Можна виділити трирівневу ієрархію правових норм, що регулюють застосування засобів захисту торгівлі в Європейському Союзі. Так, на першому рівні знаходяться основні міжнародні угоди, що закладають основи функціонування Європейського союзу загалом та складають базу для правового регулювання також і відносин в сфері антидемпінгових, компенсаційних та захисних заходів. Це стаття 133 Амстердамського договору заснування Європейського співтовариства, стаття 74 Договору про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі та Договір про утворення Європейського Союзу. Так, ст. 133 Амстердамського договору визначає, що захист від демпінгу належить до спільної торговельної політики ЄС, є виключною компетенцією органів ЄС, а не національних органів країн-членів.³ Тобто, будучи частиною спільної торговельної політики співтовариства, заходи захисту торгівлі загалом, застосовуються до третіх країн, що не є членами ЄС, зважаючи на те, що ЄС є митним союзом з інтегрованим внутрішнім ринком. Треба сказати, що загалом Договір про

¹ W. Muller, N. Khan, H. Neumann. EC Anti-dumping Law – a Commentary on Regulation 384/96. – Chisterer, Willey, 1998. – 400 p.

² W. Muller, N. Khan, H. Neumann. EC Anti-dumping Law – a Commentary on Regulation 384/96. – Chisterer, Willey, 1998. – 400 p.

³ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related act. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A11997E133>
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A11997E133>

утворення Європейського Союзу та Договір про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі є основними правовими документами співтовариства та актами первинного права, що встановлюють особливості та правила для дії інших законодавчих актів ЄС, визначають компетенцію органів Союзу, а отже, безпосередньо поширюють свою дію і на заходи захисту торгівлі, як і на будь-яку сферу правовідносин співтовариства.

На другому рівні законодавства знаходяться спеціальні законодавчі акти ЄС, що містять загальні правила регулювання заходів захисту торгівлі. Сучасними базовими документами регулювання, що складають основу для антидемпінгових та компенсаційних розслідувань в ЄС складають Регламент (ЄС) № 2016/1036, Регламент (ЄС) № 2016/1037, Регламент (ЄС) № 2015/478, Регламент (ЄС) № 2015/755, Регламент (ЄС) № 2015/476 та інші, що відповідають нормам Угод ГАТТ/СОТ в цій сфері.

Третій рівень сформований вже регламентами Європейської Комісії або постановами Ради ЄС, що приймаються в кожному окремому випадку при застосуванні заходів, та базуються на основних регламентах.

Крім того, деякі дослідники відносять до законодавства ЄС в сфері заходів захисту торгівлі також і інші документи європейського права. Так, наприклад, Регламент (ЄС) 2015/1843 щодо спільної торгівельної політики. Також, до заходів захисту торгівлі відносять заходи проти несправедливих цін у сфері морських перевезень (Регламент (ЄС) 2016/1035) та авіаперевезень (Регламент (ЄС) 868/2004).¹

Також, зазначимо про важливу роль і двосторонніх угод, підписаних між Співтовариством та іншими державами, де містяться і правові норми, що стосуються, в тому числі, заходів захисту торгівлі. Такі правові норми мають переважну силу перед внутрішніми регламентами і рішеннями ЄС. Угода про асоціацію між Україною та ЄС, як зазвичай і інші двосторонні угоди про економічне співробітництва, підписані Співтовариством, не здійснює перепон для кожної із сторін угоди застосовувати заходи захисту торгівлі проти іншої сторони відповідно до правил ГАТТ/СОТ.² Ціла низка інших торговельно-економічних договорів та угод про співробітництво містять норми про пріоритет пошуку можливостей для досягнення «дружнього вирішення антидемпінгових справ» (угоди з Бразилією, Кореєю, Індією та Мексикою).³

Отже, всі ці інструменти регулювання, на яких базується власна торговельна політика Співтовариства, характеризуються трьома рівнями, беруть

¹ Holmes, Kempton (1997) pp. 4-24

² Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. – URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011

³ W. Muller, N. Khan, H. Neumann. EC Anti-dumping Law – a Commentary on Regulation 384/96. – Chisterer, Willey, 1998. – 400 p.

свій початок та діють у відповідності, перш за все, з правилами ГАТТ/СОТ, маючи при цьому свою специфіку та власну сферу застосування.

Ірина Любавська,
*аспірант кафедри публічно-правових дисциплін
Приватного вищого навчального закладу
«Київський міжнародний університет»,
заступник керівника відділу юридичного супроводження
Державного управління справами
(Київ)*

НОВЕЛИ ІНСТИТУТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Дослідження проблеми наслідків застосування інституту забезпечення позову передбачає розкриття права осіб на захист в адміністративних судах, його правової природи. З прийняттям Верховною Радою України Закону № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (далі – Закон)¹ проблематика зловживань правами з боку позивача в частині застосування інституту забезпечення адміністративного позову потребує всебічного аналізу і обговорення.

Забезпечення адміністративного позову і вирішення адміністративно-правового спору по суті зумовлює необхідність в адекватному використанні інституту доказувань і доказів на момент розгляду клопотання (заяви) позивача про вжиття заходів забезпечення позову, задля того щоб у майбутньому виключити невідворотні та обтяжливі юридичні наслідки для нього.

Деякі науковці, серед них Ю. С. Педько², М. Д. Загряцков³ зазначають, що сутність адміністративно-судового захисту прав і свобод полягає в спрямованості «не стільки на визнання незаконності рішення, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, скільки на відновлення права користуватися певними соціальними благами або спонукання суб'єктів владних повноважень щодо забезпечення сприяння у реалізації цього права...». При цьому вони відмічають, що «підставою для порушення провадження в адміністративній

¹ Проект Закону № 6232 від 23.03.2017 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». – URL: http://w1.l1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

² Педько Ю. С. Адміністративний позов і предмет захисту в адміністративному судочинстві // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 153.

³ Загряцков М. Д. Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве. Развитие идеи и принципов административной юстиции. Административный процесс и право жалобы в советском законодательстве. Административно-финансовое распоряжение и финансовая жалоба. 2-е изд., перераб. и доп. // М.: Право и Жизнь. – 1925. – с. 5-244 с. 5–7.

справі можуть бути не тільки права осіб, а й їх публічний інтерес, реалізація якого знаходить свій прояв кожного разу, коли фізична чи юридична особа звертається за допомогою щодо забезпечення реалізації їхніх суб'єктивних прав. Автори не торкаються проблематики можливих зловживань своїми правами з боку позивача¹.

Прийнятим Верховною Радою України Законом в Кодекс адміністративного судочинства України вводиться нова глава 10, яка присвячена інституту забезпечення позову. Статтею 151 (в запропонованій редакції) розширено перелік видів забезпечення адміністративного позову, а саме передбачено, що позов може бути забезпечено: 1) зупиненням дії індивідуального акта або нормативно-правового акта; 2) заборонаю відповідачу вчиняти певні дії; 3) встановленням обов'язку відповідача вчинити певні дії; 4) заборонаю іншим особам вчиняти дії, що стосуються предмета спору; 5) зупиненням стягнення на підставі виконавчого документа або іншого документа, за яким стягнення здійснюється у безспірному порядку².

Запропоновані новели, зокрема, пункт 3 частини першої цієї статі Кодексу адміністративного судочинства не враховують, що забезпечення адміністративного позову – це вжиття судом, у провадженні якого знаходиться справа, до вирішення адміністративної справи визначених законом заходів щодо створення можливості реального виконання у майбутньому постанови суду, якщо її буде прийнято на користь позивача, тобто покликані гарантувати виконання постанови адміністративного суду і спрямовані на забезпечення принципу обов'язковості судових рішень.

Застосування такого виду забезпечення адміністративного позову як встановлення обов'язку відповідача вчинити певні дії є загрозовим, оскільки встановлення обов'язку вчинення певних дій може бути предметом розгляду спору по суті, і оцінка з точки зору законності надається при розгляді справи по суті, а не при вирішенні клопотання про забезпечення позову.

Вважаю, що такий вид забезпечення позову не узгоджується з метою застосування правового інституту забезпечення позову.

У пояснювальній записці до цього Закону автори наголошують на тому, що широкі права позивача на застосування заходів забезпечення позову має збалансувати «система стримань та противаг», яка створюється за допомогою інституту зустрічного забезпечення у різних формах, а також обов'язок

¹ І. Р. Любавська Превентивний правовий захист в адміністративному судочинстві // Судова апеляція: Науково-практичний журнал / Апеляційний суд м. Києва, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2017. – № 2 (47). – С. 107.

² Проект Закону № 6232 від 23.03.2017 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

відшкодування позивачем шкоди, завданої відповідачу необґрунтованим забезпеченням позову¹.

Новелою глави 10 запропонованої редакції Кодексу адміністративного судочинства України передбачено², зокрема, можливість відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову. Проте частина друга статті 158 запропонованої редакції Кодексу адміністративного судочинства України не узгоджується з прагненням авторів до збалансування прав сторін спору, оскільки взагалі унеможливорює стягнення збитків відповідачем або іншою особою, чії права або охоронювані законом інтереси порушені внаслідок вжиття заходів забезпечення позову, які є суб'єктом владних повноважень. Крім того автори цього Закону обмежили право відповідача, який не є суб'єктом владних повноважень, на зустрічне забезпечення³.

Водночас автори цього Закону не взяли до уваги негативну практику застосування адміністративними судами України інституту забезпечення адміністративного позову, яка призводить до колосальних збитків як підприємствам, так й економіці держави в цілому.

Прикладом зловживання процесуальним правом забезпечення позову можуть слугувати дії позивача в адміністративній справі № 826/4100/16⁴. У рамках цієї справи ухвалою Окружного адміністративного суду міста Києва від 15 березня 2016 року⁵ було задоволено клопотання позивача про забезпечення позову шляхом зупинення дії наказу Міністерства економічного розвитку від 01 березня 2016 року № 337 «Про затвердження розрахункового балансу утворення та споживання металобрухту чорних металів на внутрішньому ринку на 2016 рік» до моменту вирішення справи по суті.

Справа слухалась протягом дев'яти місяців. На великий проміжок часу було зупинено дію акта, який був підґрунтям для реєстрації, оформлення та видачі Міністерством економічного розвитку і торгівлі України карток реєстрацій-обліку зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом. Внаслідок цього Державна фіскальна служба України та її територіальні органи припинили здійснювати (проводити) митне оформлення брухту чорних металів, що мав вивозитися з України в митному

¹ Проект Закону № 6232 від 23.03.2017 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

² Там само.

³ Там само.

⁴ Ухвала Окружного адміністративного суду міста Києва про відкриття провадження у справі від 15 березня 2016 року, справа № 826/4100/16 / Єдиний державний реєстр судових рішень. – URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56548527>

⁵ Ухвала Окружного адміністративного суду міста Києва щодо вирішення питання про вжиття заходів забезпечення позову від 15 березня 2016 року, справа № 826/4100/16 / Єдиний державний реєстр судових рішень. – URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56547962>

режимі експорту, якщо документи на металобрухт, що підлягав експорту, містили картки реєстрації-обліку зовнішньоекономічного контрактів (договорів) на експортні операції з металобрухтом, видані Мінекономрозвитку України з 16 березня 2016 року. Зазначене призвело до зупинки експорту металобрухту.

Згідно зі статистичними даними, наданими Державною статистичною службою України на запит автора, зокрема, у 2016 році порівняно з 2015 роком експорт відходів та брухту чорних металів; зливки чорних металів для переплавлення (шихтові зливки) (код 7204000000) зменшився на 75 % (з 1 млн 212,558 тис. тонн у 2015 році до 272,569 тис. тонн у 2016 році). У результаті держава не отримала валютних надходжень на ~\$ 300 млн. Експорт металобрухту в грошовому виразі зменшився у 2016 році на 83,3 %, до \$ 48,643 млн (у 2015 році було \$ 289,541 млн).

З огляду на наведені економічні розрахунки будь-які обмеження експорту металобрухту негативно впливають на функціонування брухтозаготівельної галузі, отже, і на фінансово-економічний стан держави. Таким чином, наслідки застосування адміністративним судом інституту забезпечення адміністративного позову у наведеному прикладі є нищівними як для добросовісних вигодонабувачів, так і для економіки держави.

Ураховуючи той факт, що без відповідного врегулювання питання про право особи (у тому числі й органів влади, як сторони адміністративного процесу) на відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову неможливо уникнути зловживань з боку недобросовісних позивачів при здійсненні ними своїх правомочностей з незаконною метою, порушуючи при цьому права і законні інтереси інших осіб.

Таким чином, необхідно вдосконалити інститут забезпечення адміністративного позову шляхом внесення змін до Кодексу адміністративного судочинства України, доповнивши його нормою, яка б передбачала, що в разі скасування заходів забезпечення позову, набрання законної сили рішенням про відмову в задоволенні позову чи ухвалою про закриття провадження у справі або залишення заяви без розгляду особа, щодо якої вжито заходів забезпечення позову, має право на відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову.

Лариса Макаренко,

*к.ю.н., старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
(Київ)*

КУЛЬТУРА ЯК БАГАТОМАНІТНІСТЬ СОЦІАЛЬНОГО СВІТУ

Культура є істинним багатством кожної людини, кожного суспільства й людства загалом. Вона виступає організованим досвідом усієї попередньої

історії, який акумулює втілення людських здібностей і можливостей, результати рефлексії людей, їх творчості, фундамент подальших зусиль. Інтегральний образ культури, її сутність можна зрозуміти в єдності двох взаємозв'язаних полюсів, що переходять один в один як постійний процес їх взаємного проникнення. З одного боку, культура — це найцінніше багатство всього людства, невіддільне від нього як суб'єкта творення, зберігання, відтворення і збагачення культурних надбань, з іншого боку — вона завжди національна і особистісна. Культура — найбільший скарб кожної нації, інтелектуальний потенціал кожної особистості, що формується шляхом відтворюючої діяльності людини і суспільства, має соціальне призначення і світоглядний характер¹.

Як відзначав П. Недбайло, саме філософсько-правові засади юридичної науки визначають загальний підхід до мети і спрямування дослідження, відбору досліджуваних фактів і явищ та інтерпретації результатів дослідження². Різні інтерпретації культури обумовлюються тим, що вона становить об'єкт багатьох суспільних наук: історії, етнографії, соціальної психології, археології, філології тощо, і кожна наука вкладає в поняття культури свій власний смисл. Філософія історії порівнює категорію культури з іншими близькими до неї за змістом категоріями, насамперед, з цивілізацією, що донедавна розглядалася як синонім культури.

Із етимології поняття культури, вважає І. Гобозов, випливає, що воно може бути використане тільки відносно результатів людської діяльності. Усе створене людською працею виступає як елемент культури. Дика природа не є об'єктом культури, доки вона не перетворена людиною. Культура виявляється у самих різноманітних формах як у сфері матеріального, так і в сфері духовного виробництва — як культура матеріальна і духовна. Існують численні дефініції культури. За визначенням автора, культура — це спосіб виявлення сутнісних сил людини, її фізичних і духовних потенцій³.

Сучасні словникові та енциклопедичні видання терміну «культура» надають наступних значень: спосіб існування людини у світі; накопичений кожним народом за багатовікову історію соціальний досвід, що передається з покоління в покоління за допомогою традицій, виховання, освіти; мова, за допомогою якої люди розуміються та передають один одному інформацію; система норм дозволеної або недозволеної поведінки; система образів художньо-емоційного сприйняття та відображення світу; система ціннісних орієнтацій людей у світі тощо.

Розглядаючи поняття культури як багатозначне, С. Гессен визначає його

¹ Горелов М. Українська етнічна нація / М. Горелов, О. Моця, О. Рафальський. — К., 2012. — С. 86.

² Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права (предмет, структура, функции) / П. Е. Недбайло. — М., 1971. — С. 57-59.

³ Гобозов И. А. Введение в философию истории / И. А. Гобозов. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М., 1999. — С. 104-105.

зміст через взаємозв'язок з іншими категоріями – цивілізації (господарство, техніка), громадянськості (право, державність), освіченості (наука, мистецтво, моральність, релігія)¹. Освіченість, громадянськість і цивілізація додають поняттю «культура» універсальності. Культурні цінності є абсолютними тому, що ми прагнемо до них заради них самих; вони виступають не тільки знаряддям для досягнення інших цілей, але є й цінними. Культура щодо суспільства й людини є невичерпною метою й завданням. Освіта може розглядатися як нескінченний шлях вперед у безмежному освітньому просторі до неосяжної мети.

Один із основоположників сучасної філософії культури німецький філософ і історик О. Шпенглер широко використовував культурологічний підхід до історії. У співвідношенні категорій культури і цивілізації, вважав він, кожна культура має свою власну цивілізацію. Уперше ці два слова, які досі позначали невиразну відмінність етичного порядку, розуміються автором у періодичному сенсі, як вираз строгої та необхідної органічної послідовності². Цивілізація – неминуха доля культури, пік, з висоти якого стає можливим вирішення останніх і надскладних питань історичної морфології. Цивілізації – найбільш крайні та найбільш штучні стани, на які здатний більш високий тип людей.

Аналогічно співвідносить поняття «цивілізація» і «культура» Ю. Павленко, зазначаючи, що вони мають різний історичний масштаб: культура супроводжує всю історію існування людського роду, починаючи із зародження людської свідомості, тоді як словом «цивілізація» позначається особливий стан культури, характерний для її розвитку впродовж кількох останніх тисячоліть³.

А з точки зору О. Агапова, сутність цивілізації – у тотожності загального (людського роду), особливого (конкретного етносу) та одиничного (особи), якою визначається буття цивілізації в історичному просторі-часі, її значення і межа. Культури визначають форму продуктивної і творчої діяльності людини, проте цивілізації (щоразу нового рівня) – нові соціальні сили, які людина використовує у своїй діяльності для створення нового світу⁴. Схожа з цією позиція, відповідно до якої «історична епоха визначається і проходить під домінуючим чинником певної цивілізації, а засновані на цьому рівні цивілізаційні форми культури безперервно створюють «новий світ людини» та «новий досвід» і змінюються самі»⁵.

¹ Гёссен С. И. Основы педагогики. Введение в прикладную философию / С. И. Гёссен ; Отв. ред и сост. П. В. Алексеев. – М., 1995. – С. 200.

² Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории: Гештальт и действительность / О. Шпенглер ; пер. с нем., вступ. ст. и примеч. К. А. Свасьяна. – М., 2009. – С. 198.

³ Павленко Ю. Історія світові цивілізації: соціокультурний розвиток людства / Ю. Павленко. – К., 2003. – С. 83.

⁴ Агапов О. Д. Интерпретация как практика автопоэзиса человеческого бытия / О.Д. Агапов. – Казань, 2009. – С. 212-213, 216.

⁵ Оруджиев З. М. Культура и цивилизация / З. М. Оруджиев, Т. В. Кузнецова // Вестник Московского университета. Сер. Право. – 2007. – № 4. – С. 62.

Вважаємо, що відзначена О. Агаповим тотожність характеризує поняття «людство», яке в історичному просторі-часі включає і доцивілізаційний етап його буття. Стосовно домінуючого чинника, то ним є не певна цивілізація, а саме культура, на основі якої складається цивілізація взагалі та її певні різновиди. Ця культура може бути й такою, за якої цивілізації ще не існує.

М. Каган наголошує, що філософське розуміння культури повинно враховувати три аспекти, поєднуючи вимоги об'єктивного пізнання реальності, її ціннісного осмислення та проектування певного ідеального стану культури¹. Його концепція культури зорієнтована на системний підхід. Культура – це система в складі іншої, більш широкої системи – буття. Розрізняючи три основні форми буття – буття природи, буття суспільства і буття людини, автор розглядає культуру як четверту форму буття, яка породжена діяльністю людини.

В осмисленні ідеї культурного прогресу автор спирається на принцип синергетики, заснований на вивченні процесів самоорганізації складних систем. Важливого значення надається еволюції матеріальної культури, творчості людини у сфері практичної діяльності, створення техніки і технології, що є «пусковим механізмом», який приводить у дію духовну активність людей, розвиток науки, моралі, мистецтва. У розвитку культури, як і в еволюції фізичних систем, відбувається чергування гармонії та хаосу, а майбутнє має місце в сьогодні².

Отже, культура постає як деяка багатоманітність соціального світу, що об'єднує різні сторони, численні аспекти людського буття. Разом з тим, поняття культури не є механічною сукупністю багатьох ознак чи аспектів, це поняття повинно відображати культуру як цілісний феномен. Тільки як цілісність культуру можна розглядати в якості деякої складної системи, що характеризується власною структурною будовою.

У цьому сенсі людина виступає як головна цінність культури, як міра всіх речей. З точки зору перспективи історичного розвитку людства, вказує І. Фролов, можна сказати, перефразовуючи відомий вислів Протагора, що саме людина, її всебічний і вільний розвиток є мірилом соціального прогресу і мірою всіх наук. Тільки така гуманістична орієнтація створює міцну основу науки майбутнього і людської культури в цілому.

Останнє має ще і більш широке значення, оскільки гуманізм пов'язаний не лише з наукою. Справжній свій смисл наука отримує тільки у зв'язку з іншими формами людської діяльності, які утворюють матеріальну і духовну культуру людства. Моральні, гуманістичні основи науки і всієї людської культури набувають сьогодні все більшого значення і збережуть його і в майбутньому,

¹ Каган М. С. Введение / М.С. Каган // Философия культуры. Становление и развитие. – СПб., 1998. – С. 10.

² Каган М. Философия культуры / М. Каган. – СПб., 1996. – С. 18.

оскільки без цього можливі тільки морок безкультур'я і небуття, духовний і фізичний крах людства ¹.

Разом з тим, людина виявляє себе як міра всіх речей не інакше як через свою активність по відношенню до них. У свою чергу, активність людини залежить від міри її свободи, яка визначається через співвідношення свободи з необхідністю, як її протилежністю. Із зростанням міри свободи людини більшого розвитку набуває світ культури.

Під свободою нерідко, зазначає В. Тимошенко, розуміють цілевстановлюючі зусилля, завдяки яким індивід самостійно обирає цілі своєї діяльності. У процесі вибору варіантів поведінки перед індивідом відкривається простір свободи як сфера розумового маневрування, в якій індивід може порівнювати альтернативні варіанти, прогнозувати позитивні й негативні наслідки, приймати рішення. Свобода як цільова причина визначає буття. Позбавити людину можливості обирати цілі своєї діяльності та способи їх досягнення – це означає позбавити її свободи ².

З цього виходив Кант, який, за словами С. Алексєєва, вказавши на необхідність наявності в суспільстві щонайбільшої свободи (а тому постійного антагонізму між членами суспільства), додає – так, свобода, але тоді, коли самим точним чином визначені і зберігаються границі цієї свободи, причому тією мірою, в якій вона могла б узгоджуватися із свободою інших ³.

Практичну міру своєї свободи люди з самого початку знаходять у такому феномені, як норми, що встановлюються в суспільстві.

В. Давидович та Ю. Жданов стверджують, що культура – це сукупність прийомів, процедур і норм, які характеризують рівень та направленість людської діяльності. З цих позицій культура виступає засобом регуляції, зберігання та розвитку суспільного життя ⁴.

Підсумовуючи викладене необхідно зазначити, що культура є внутрішнім духовним станом суспільства, який становить діалектичну єдність суспільних процесів створення соціальних цінностей (норм, знакових систем) тощо та освоєння історичного досвіду, що дозволяє, у свою чергу, якнайповніше сприяти процесові перетворення багатства людської історії у внутрішнє багатство особистості, виявленню і подальшому розвитку суспільних можливостей самої людини.

¹ Фролов И.Т. Перспективы человека: Опыт комплексной постановки проблемы, дискусии, обобщения / И.Т. Фролов. – 2-е изд., переработ. и доп. – М., 1983. – С. 147-148.

² Тимошенко В. І. Свобода і право: проблеми взаємозв'язку / В. І. Тимошенко // Право України. – 2009. – № 3. – С. 72.

³ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М., 2001. – С. 435.

⁴ Давидович В. Е. Сущность культуры / В. Е. Давидович, Ю. А. Жданов. – Ростов-на-Дону, 1979. – С. 88.

Данило Макарчук,
*аспірант відділу проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ЩОДО НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВOPOPУШЕННЯ В КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Ше в 2008 році було означено необхідність трансформування певної частини злочинів в кримінальні проступки з метою обмеження сфери застосування покарань, пов'язаних із позбавленням волі. Концепцією реформування кримінальної юстиції України, затвердженою Указом Президента України від 8 квітня 2008 року, було запропоновано замінити такі покарання штрафними санкціями тощо¹. З набранням в 2012 році законної сили Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) вказане питання набуло ще більшої актуальності, оскільки, останній ввів до системи законодавства про кримінальну відповідальність України, інституту кримінального правопорушення та кримінального проступку², однак, ще й до теперішнього часу наявність вказаних інститутів не узгоджується з нормами Кримінального кодексу України (далі – КК України) та Конституції України.

Виходячи з прямої трактовки положень КПК України, інститут кримінального правопорушення має виступати загальним основоположним поняттям, що охоплює поняття злочину та кримінального правопорушення. Однак, фактом існування такої конструкції ігнорується, закріплений ч. 1 ст. 3 КК України³, принцип системної узгодженості між нормами Конституції України та КК України.

Поняття «злочин» вживається в Конституції України досить часто (статті ч. 3 ст. 29, ч. 3 ст. 30, ст. 31, ч. 3 ст. 34, ч. 2 ст. 39, ч. 1, 2 ст. 60, ч. 1, 2 ст. 62, ч. 3 ст. 76, п. 22 ч. 1 ст. 92, ч. 1, 6 ст. 111, ст. 126, ст.ст. 149 – 1491 Конституції України, п. 13 Перехідних положень Конституції України)⁴, а поняття «кримінальний проступок» та «кримінальне правопорушення» Конституції України взагалі не відомі.

Так, у п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України відображений поділ право-

¹ Концепція реформування кримінальної юстиції України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/311/2008/conv/print1499630109510512>

² Кримінальний процесуальний кодекс України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv/print1499630109510512>

³ Кримінальний кодекс України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/conv/print1499630109510512>

⁴ Конституція України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/conv/print1499630109510512>

порушень на види. Зокрема, згадується про злочини, адміністративні та дисциплінарні правопорушення, а вказівка на кримінальне правопорушення або кримінальний проступок відсутня. Вказаним приписам Конституції України дано офіційне тлумачення у Рішенні Конституційного Суду України від 30.05.2001 р. № 7-рп/2001 (справа про відповідальність юридичних осіб), відповідно до якого діяння, що є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями визнаються підставами кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності¹. Таким чином, інших підстав кримінальної відповідальності, окрім діяння, що є злочином, в українському законодавстві не існує.

Відсутність в Конституції України понять кримінального проступку та кримінального правопорушення утворює ряд процесуальних труднощів, не лише на рівні профільного законодавства, а й власне на конституційному рівні.

Так, ч. 2 ст. 30 Основного закону закріплено право проникнення до житла чи до іншого володіння особи, для огляду чи обшуку, якщо така особа підозрюється у вчиненні злочину. Це положення спрямоване на підвищення ефективності протидії злочинності та, зокрема, на захист прав і свобод людей, що можуть постраждати від вчинення злочину. Однак, відповідне право відсутнє для ситуації вчинення кримінальних правопорушень та кримінальних проступків. Таке зауваження справедливо зробити і для випадків, передбачених ст. 31, ч. 3 ст. 34, ч. 2 ст. 39 Конституції України.

Важливе положення щодо захисту прав і свобод людини та громадянина закріплено у ч. 1 ст. 60 Конституції України: ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. Для людини це означає відсутність будь-якої відповідальності за невиконання таких розпоряджень чи наказів. Однак, Конституція України не надає аналогічного захисту у випадку видання розпоряджень чи наказів, спрямованих на вчинення кримінальних правопорушень та кримінальних проступків. Також, порушується принцип презумпції невинуватості, закріплений ч. 1 ст. 62 Конституції України, оскільки, це конституційне правило не розповсюджуються на випадки, пов'язані з вчиненням кримінальних правопорушень та кримінальних проступків, а стосується лише злочинів.

Однією з необхідних умов ефективної діяльності Верховної Ради України є недопущення до її складу громадян, які мають судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку. Таку заборону містить ч. 3 ст. 76 Конституції України, але у вказаній нормі не зазначається про громадян, які вчинили кримінальні правопорушення та кримінальні проступки. Таким чином, неврегульованість

¹ Рішення Конституційного Суду України від 30.05.2001 р. № 7-рп/2001. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01/conv/print1499630109510512>

на конституційному рівні правового статусу кримінальних правопорушень та кримінальних проступків породжує проблеми і у виборчому праві.

Відповідно до ч. 1 ст. 111 Конституції України Президент України може бути усунений з поста Верховною Радою України в порядку імпічменту у разі вчинення ним державної зради або іншого злочину. Як і у попередніх випадках, в даній нормі зачіпається лише один з видів кримінальних правопорушень, з огляду на це не вирішено питання чи може Президент України бути усунений зі свого поста у випадку вчинення ним кримінального проступку.

У зв'язку з усім вищеперерахованим, ряд вітчизняних дослідників висувають тезу про неможливість постановки питання закріплення у законі норм про кримінальні проступки, поки до Конституції України не будуть внесені відповідні зміни, якими буде створено необхідні для цього правові передумови.

Однак, якщо звернутися до французького досвіду, ми можемо простежити, що чинна Конституція Франції 1958 року зачіпає питання пов'язані безпосередньо із категорією «злочин» лише в чотирьох статтях, а саме: ст. ст. 26, 34, 68-1 та 68-2¹. Тут же необхідно зробити зауваження, що, на відміну від українського, законодавство про кримінальну відповідальність Франції оперує такими поняттями як злочин (*crime*), проступок (*délit*) і порушення (*contravention*), але в свою чергу не оперує поняттям, яке б узагальнювало названі вище правові категорії, тому більшість конституційних норм кримінально-правового характеру взагалі уникають згадок вищеперерахованих понять.

Власне у зазначених статтях Конституції Франції згадуються поняття «злочини та проступки» (*crimes et délits*) в контексті кримінальної відповідальності членів парламенту (ст. 26); членів уряду (ст.ст. 68-1; 68-2) та норм, що встановлюються законом (ст. 34).

Звісно, порівнюючи Конституції України та Франції слід зазначити, що остання є менш деталізованою, оскільки в засадничих положеннях, що стосуються безпосередньо особи, відсилає до Декларації прав людини і громадянина 1789 року. Наприклад, принцип презумпції невинуватості сформульований в ст. 9 Декларації таким чином, що взагалі не містить згадки про поняття будь-яких неправомірних діянь². Однак, як ми можемо побачити доволі нечaste застосування в Конституції Франції категорій злочину або проступку не заважає справному функціонуванню законодавства про кримінальну відповідальність цієї країни, оскільки нормами Кримінального кодексу Франції прямо не встановлено принципу системної узгодженості із нормами Конституції. На нашу думку, підхід, застосований в Конституції Франції, є менш бюрократизованим, ніж в Україні, оскільки норми Основного закону держави не мають

¹ La Constitution de la France. – URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>

² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. – URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

носити казуїстичного характеру, передбачаючи всі випадки застосування того чи іншого правила.

Конституційний досвід Франції свідчить про те, що в процесі виконання положень того чи іншого нормативно-правового акту, відповідність нормативно-правової термінології має значення лише з техніко-юридичної точки зору, а не з практичної, оскільки, першочергове значення має сенс, який вкладається в ту чи іншу юридичну дію, а не те, як така дія (або елементи дії) називаються в законі.

З вищевикладеного ми можемо зробити висновок, що доводи про неможливість функціонування інститутів кримінального правопорушення та кримінального проступку у зв'язку з тим, що вони не відображені в тексті Конституції України носять формальний характер.

Звісно, станом на даний час, недоліком українського законодавства є відсутність легальних дефініцій кримінального правопорушення та кримінального проступку, однак, навіть із введенням таких дефініцій заміна терміну «злочин» на термін «кримінальне правопорушення» в Конституції України буде носити лише техніко-юридичний, а не сутнісний характер. У зв'язку із зазначеним, в майбутньому, після прийняття чіткої законодавчо закріпленої концепції кримінального правопорушення, до Конституції України варто було б, на нашу думку, ввести це нове поняття та паралельно вилучити поняття злочин, оскільки останній є лише одним з підвидів кримінального правопорушення. Однак, ми маємо розуміти, що суті конституційних норм така «косметична» правка не змінить.

Алексей Маскуров,

*к.ю.н., кафедра теорії та історії державства та права юридического факультета
Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова
(Ярославль, РФ)*

КООРДИНАЦИОННЫЕ НОРМЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ БЕЛЬГИИ

Показательным для небольших государств Европы является практика применения координационных норм в так называемых странах Бенилюкса (Бельгия, Нидерланды, Люксембург).

Прежде всего, для таких государств характерно отсутствие сложной разветвленной системы государственной власти, что позволяет затрачивать меньше усилий на согласование их деятельности. Функции немногочисленного местного самоуправления (если оно вообще есть) четко определены и в согласовании не нуждаются. Внешнеполитическая активность таких стран невелика, а вооруженные силы обычно отсутствуют.

В этой связи заслуживает особого уважения умелое, хотя и не широко

распространенное, применение координационных норм в законодательстве Бельгии.

В Конституции Бельгии от 17 февраля 1994 года (с изменениями от 25 марта 1996 г., 28 февраля 1997 г., 11 марта 1997 г., 20 мая 1997 г., 12 июня 1998 г., 17 июня 1998 г., 20 ноября 1998 г., 11 декабря 1998 г., 12 марта 1999 г., 7 мая 1999 г., 23 марта 2000 г. и 16 мая 2000 г.), как и в конституциях других европейских государств, широко предусмотрены координационные механизмы.

Прежде всего, это координационные механизмы между сообществами, включая создание органов власти с координационными функциями.

В частности, согласно Article 136, «существуют лингвистические группы в совете региона Брюссель-столица и коллегии, компетентные в предметах введения сообществ; их состав, порядок деятельности, полномочия и финансирование, независимо от статьи 175, регулируются законом, принимаемым большинством, предусмотренным последним абзацем статьи 4. Коллегии совместно формируют объединенную коллегия, которая исполняет функцию органа согласования и координации между двумя сообществами»¹.

Иногда предлагаются и формы реализации таких полномочий.

Так, в соответствии с Article 139 «по предложению своих правительств Совет Германоязычного сообщества и Совет Валлонского региона с общего согласия могут принять своими декретами решение о том, что Совет и правительство Германоязычного сообщества осуществляют в регионе немецкого языка, полностью или частично, полномочия Валлонского региона»².

Иногда речь идет просто о согласии должностного лица.

Так, Article 152 предусмотрено, что «Перемещение судьи может иметь место только в связи с новым назначением и с его согласия»³. Указанное вряд ли можно считать полноценной координационной нормой.

Межведомственного согласования требуют самые различные вопросы.

Например, на основании Article 167 «Король заключает договоры, за исключением договоров по вопросам, указанным в параграфе 3. Эти договоры вступают в действие только после получения согласия палат. § 3. Правительства сообщества и региона, указанные в статье 121, заключают в пределах своих полномочий договоры по вопросам, входящим в компетенцию их советов. Эти договоры вступают в действие только после получения согласия Совета»⁴.

Пересмотр самой Конституции подлежит согласованию.

Так, согласно Article 195 «Законодательная власть имеет право заявить о необходимости пересмотра того или иного указанного ею конституционного положения. После этого заявления обе палаты распускаются по полному праву. Новые палаты созываются в соответствии со статьей 46. Эти палаты

¹ <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belgium&language=e>

² <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belgium&language=e>

³ <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belgium&language=e>

⁴ <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belgium&language=e>

принимают в общем согласии с Королем решение о положениях, подлежащих пересмотру»¹.

Иногда согласованные действия напротив, запрещены.

Согласно Article 162 «Во исполнение закона, принятого большинством голосов, предусмотренным последним абзацем статьи 4, декрет или норма, указанные в статье 134, регулируют условия и порядок, согласно которым несколько провинций или коммун могут договариваться или объединяться. Однако нескольким провинциальным советам или нескольким коммунальным советам не может быть разрешено принятие совместных решений»².

Буквально «наполнен» координационными нормами Belgium Commercial Agency Agreement Act.

Так, согласно Article 1. «Договор коммерческого агентства – это соглашение, согласно которому одна сторона, коммерческий агент, начисляется другой стороной, основным лицом, без которой она осуществляет над ним полномочия, на постоянной основе и за вознаграждение, с ведением переговоров и, возможно, с заключением деловых операций на имя и за счет принципала»³.

В Article 6. определено, что «В частности, коммерческий агент должен: 1Е должным образом посвятить себя переговорам и, в зависимости от обстоятельств, заключить деловые операции, с которыми он взимается; 2Е предоставляет директору всю необходимую информацию; 3Е действуют в соответствии с разумными инструкциями, данными ему директором»⁴.

Таким образом предусмотрены общие подходы к согласованию действий сторон договора.

Согласование конкретных сделок описано в Article 10., согласно которой «За сделку, заключенную в течение срока действия агентского договора, коммерческий агент имеет право получить комиссию, если было достигнуто согласие о том, что коммерческий агент действует только в определенном географическом районе или среди определенной группы лиц, и сделка заключалась с клиентом, находящимся в такой области или принадлежащий к такой группе»⁵.

Несогласованные риски и их последствия определены в Article 25., в силу которой «Если иное не оговорено в письменной форме, коммерческий агент несет ответственность только за платежеспособность третьего лица в соответствии с пунктом del credere, исключая любые другие дефолты с его стороны

¹ <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belgium&language=e>

² <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belgium&language=e>

³ <http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/agency/zakon-belgii-o-mezhdunarodnyh-agentskih-soglasheniyah.htm>

⁴ <http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/agency/zakon-belgii-o-mezhdunarodnyh-agentskih-soglasheniyah.htm>

⁵ <http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/agency/zakon-belgii-o-mezhdunarodnyh-agentskih-soglasheniyah.htm>

при выполнении своих договорных обязательств. Предложение *del credere* не применяется к какой-либо сделке, в которой агент не действовал сам. Если основной пользователь вносит поправки в условия поставки или оплаты без согласия агента, такое положение больше не применяется.

Коммерческий агент не может нести ответственность за сумму, превышающую согласованную комиссию, если пункт не касается определенной сделки или сделок, заключенных им на имя принципала.

Если риск, который совершил коммерческий агент, явно несоразмерен согласованной комиссии, суд может уменьшить сумму, за которую коммерческий агент несет ответственность в той степени, в которой такая сумма превышает комиссию. Суд учитывает все обстоятельства, в частности то, каким образом коммерческий агент защищал интересы принципала «¹».

Значимые координационные нормы присутствуют в *Belgian Act On Shareholders' Rights Impacts Public And Non-Listed Companies*², *Company Act in Belgium*³, *Belgian Competition Act*⁴.

В сфере уголовного права также предусмотрены эффективные координационные механизмы, как следует, например, из *Belgium review of implementation of the Convention and 1997 recommendation*⁵.

Андре Вандорен отмечает, что в Бельгии прокуратура принимает «активное участие в вопросах координации действий по осуществлению административной власти полицией».⁶ При этом, в Бельгии также действуют аналогии нашего координационного совещания руководителей правоохранительных органов – региональные советы безопасности и окружные комиссии по безопасности.⁷

Исследование показало, что, в основном, бельгийский законодатель активно использует координационные нормы и механизмы. Они достаточно эффективны и дают хорошие результаты.

Между тем, имеются и недостатки.

К недостаткам использования координационного регулирования в бельгийском праве мы относим следующие.

Во-первых, координационные нормы используются не во всех возможных сферах. Они почти отсутствуют в актах, регулирующих деятельность местного самоуправления.

¹ <http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/agency/zakon-belgii-o-mezhdunarodnyh-agentskih-soglasheniyah.htm>

² <http://www.mondaq.com/x/131026/Directors+Officers+Executives+Shareholders/Belgian+Act+On+Shareholders+Rights+Impacts+Public+And+NonListed+Companies>

³ <http://www.companyformationbelgium.com/company-act-belgium>

⁴ <http://www.cgsh.com/files/News/0a2ad580-e6a2-40ca-add4-285c0185ea7a/Presentation>

⁵ <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2385130.pdf>

⁶ Вандорен А. Функции прокуратуры Бельгии вне рамок уголовного преследования // Функции прокуратуры вне рамок уголовного преследования: вопросы теории и практики. – М., 2005. – С.109.

⁷ См.: Вандорен А. Указ. соч. – С.110.

Во-вторых, часто в законах указывается на наличие координационных полномочий у должностного лица или органа власти, но непонятно, в какой форме их можно реализовать.

В-третьих, не предусмотрены процедуры применения координационных норм.

Указанные недостатки снижают эффективность координационного воздействия и правовой потенциал в целом.

Татьяна Михайлов,
*Докторант Департамента Частного Права
Молдавского Государственного Университета
Адвокат, член Союза Адвокатов Республики Молдова*

ОТЛИЧИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ОТ СМЕЖНЫХ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ О ТРУДЕ

Проведение границ между трудовым договором и смежными гражданско-правовыми договорами о труде имеет не только теоретическое, но скорее практическое значение.

Законодательство позволяет выбрать между трудовым договором и гражданско-правовым, но для того, чтобы сделать правильный выбор и избежать споров с налоговыми органами, необходимо знать, чем они отличаются, чтобы оценить их достоинства и недостатки в тех или иных ситуациях.

В соответствии со статьей 666 частью 1 Гражданского Кодекса Республики Молдова¹, договором признается соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении правоотношений.

То что является основным в любом договоре это достижение взаимного согласия сторон. Договор является двухсторонним или многосторонним правовым актом, то есть он является результатом одновременной воли двух или более сторон².

Согласно статьи 45 часть 1 Трудового Кодекса Республики Молдова³ индивидуальный трудовой договор это соглашение между работником и работодателем, на основании которого работник обязуется выполнять работу, соответствующую определенной специальности, квалификации или должности, на которую он назначен, с соблюдением правил внутреннего распорядка предприятия, а работодатель обязуется обеспечить работнику условия труда, пред-

¹ Гражданский Кодекс Республики Молдова № 1107 от 06.06.2002, опубликован: 22.06.2002 в Monitorul Oficial, статья № 661.

² Baieș S. ș.a. Drept civil, Drepturile reale, Teoria generală a obligațiilor, Vol. II, ediția a II-a. Chișinău: Î.S.F.E.P. «Tipografia Centrală», 2005.

³ Трудовой Кодекс Республики Молдова № 154 от 28.03.2003, опубликован: 29.07.2003 в Monitorul Oficial, статья № 648.

усмотренные кодексом, иными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, коллективным трудовым договором, а также своевременно и в полном размере выплачивать ему заработную плату. Условия индивидуальных и коллективных трудовых договоров и коллективных соглашений или правовых актов, изданных органами публичного управления, ухудшающие положение работников по сравнению с трудовым законодательством, являются недействительными и не имеют юридических последствий.

В соответствии со статьёй 946 часть 1 Гражданского Кодекса Республики Молдова, по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется за свой риск выполнить определенную работу для другой стороны (заказчика), а заказчик обязуется принять работу и уплатить обусловленную цену. Согласно статьи 970 часть 1 Гражданского Кодекса Республики Молдова, по договору об оказании услуг одна сторона (исполнитель) обязуется оказать определенные услуги другой стороне (заказчику), а заказчик обязуется выплатить обусловленное вознаграждение.

Индивидуальный трудовой договор, является личным договором. Как правило, трудовой договор предполагает личное выполнение работы, запрещается замена работника другим лицом. В гражданско-правовых договорах такая обязанность возникает лишь в силу специального закрепления этого условия в самом договоре или в определенных законодательством случаях для отдельных видов гражданско-правовых договоров¹.

В трудовых отношениях работник занимает подчиненное положение по отношению к работодателю. На работника накладывается обязанность соблюдать внутренний трудовой распорядок. За его несоблюдение работодатель вправе наложить дисциплинарное взыскание, в том числе и в виде увольнения. В гражданско-правовых отношениях действует принцип равенства сторон. Так, согласно статье 931 Гражданского Кодекса Республики Молдова, подрядчик или исполнитель свободен в выборе способа выполнения работ или оказания услуг, между подрядчиком или исполнителем и заказчиком не существует отношений подчиненности.

Трудовой договор может быть срочным только в строго определенных случаях. Гражданско-правовой договор на выполнение работ или оказание услуг заключается на определенный срок или до возникновения результата.

Гражданские договоры имеют разовый характер, они заключаются при возникновении потребности в выполнении конкретной работы, оказании определенной услуги. Трудовой договор заключается для осуществления трудовой деятельности, которая, как правило, является основной для работодателя. При этом неоднократное оформление гражданским договором о труде выполнения трудовых обязанностей, образующих трудовую функцию работника, позволяет сделать вывод о возникновении трудовых отношений, что

¹ <http://www.grandars.ru/college/pravovedenie/ponyatie-trudovogo-dogovora.html>

влечет возникновение обязанности у работодателя заключить с работником трудовой договор¹.

Главное отличие гражданско-правовых договоров от трудовых договоров заключается в том, что по трудовому договору оплачивается процесс труда, а по гражданскому-правовому договору — его результат.

Для лиц, работающих по гражданскому-правовому договору, не предусмотрены социальные гарантии (ежегодный отпуск, оплата временной нетрудоспособности и т. п.), кроме случаев добровольного страхования в соцфондах.

Все риски, связанные с выполнением гражданско-правового договора, несет исполнитель. Кроме того, исполнитель не подчиняется правилам внутреннего трудового распорядка, самостоятельно организывает свою работу, может при наличии соответствующего положения в договоре привлекать третьих лиц или поручать работу (ее часть) субподрядчикам.

Расчет с исполнителем производится в соответствии с условиями договора, как правило, по результатам его выполнения, с оформлением акта приема-передачи (акта выполненных работ, предоставленных услуг).

Размер вознаграждения по гражданско-правовым договорам определяется сторонами по общей договоренности. Никаких законодательно установленных минимальных/максимальных размеров вознаграждения не предусмотрено.

Отличать трудовой договор от гражданско-правовых договоров, связанных с применением труда, очень важно, так как это имеет весомое практическое значение. Когда гражданин заключает трудовой договор, он соответственно подпадает под действие трудового законодательства. Как уже отмечалось выше, в соответствии с нормами и стандартами трудового законодательства ему должны предоставляться соответствующие социальные гарантии. Заключение гражданско-правового договора не влечёт предоставления никаких социальных гарантий физическому лицу. Стоит подчеркнуть, что в связи с этим и с необходимостью защитить работников Трудовой Кодекс Республики Молдовы предусмотрел во 2 статье, что если в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются нормы трудового законодательства.

¹ <http://www.hr-portal.ru/article/otlichie-trudovogo-dogovora-ot-smeznyh-grazhdansko-pravovyh-dogovorov-o-trude>

Ірина Михайлова,
*к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового, земельного та господарського права
Хмельницького університету управління та права
(Хмельницький)*

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО СПІВПРАЦЮ В ГАЛУЗІ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА РЕСПУБЛІКОЮ БІЛОРУСЬ¹

В умовах сьогодення значно збільшилась міждержавна міграція населення, в тому числі й пенсіонерів. Тому, проблеми пенсійного забезпечення осіб, які виїхали за кордон, змінивши постійне місце проживання, та реалізація ними пенсійних прав мають важливе значення.

Для того, щоб соціально захистити своїх громадян на території іншої держави у разі їхньої міграції, Україна укладає двосторонні угоди про співпрацю з різними країнами світу, в тому числі і в галузі пенсійного забезпечення. Окрім того, шляхом укладення таких угод, Україна бере на себе зобов'язання щодо підтримки пенсіонерів, які не є громадянами нашої держави. Зокрема, у 2017 році до бюджету Пенсійного фонду України від інших країн, з якими укладені двосторонні угоди, поступило 92 967,4 грн. для виплати пенсій іноземним пенсіонерам, які проживають на території України та 149 137,5 грн.² було виплачено для забезпечення пенсіями українців, які проживають за кордоном та іноземних пенсіонерів, які протягом певного періоду працювали в Україні. Отож, такі двосторонні угоди дозволяють встановити додаткові гарантії як для громадян України, які на законних підставах проживають на території договірних держав, так і для іноземців, які на таких же підставах проживають на території України.

Історичною передумовою виникнення тісного співробітництва в сфері пенсійного забезпечення між Україною та Республікою Білорусь, перш за все, був і залишається факт перебування обох країн в складі СРСР, адже протягом майже 70 років незалежно від національної приналежності, і українці, і білоруси, були громадянами однієї держави. В цьому аспекті, варто розуміти, що і трудова діяльність багатьох українців часто здійснювалась на території радянської Республіки Білорусь, і навпаки. На думку С. І. Кобзевої після розпаду Радянського Союзу у мільйонів громадян колишньої єдиної держави виникли проблеми не тільки морального, але й правового змісту. І особливо гостро це проявилось саме в соціальній сфері, оскільки право на той чи інший вид соціального забезпечення набувалось вже громадянами різних незалежних

¹ Публікація містить результати досліджень, проведених при грантовій підтримці Державного фонду фундаментальних досліджень за конкурсним проектом № 22742.

² Про затвердження бюджету Пенсійного фонду України на 2017 рік: Постанова КМУ КМУ від 18.01.2017 р. № 17 // ОВУ. – 2017. – № 10. – Ст. 12.

держав¹. І дійсно, як стверджує І. Б. Факас найгострішою проблемою, яка виникла після розпаду СРСР, стало пенсійне забезпечення 60 млн. пенсіонерів, що проживали на території колишнього СРСР. Вона була спричинена прийняттям у новостворених державах національних законодавств про пенсійне забезпечення, яке відрізнялося від того, що діяло на теренах Радянського Союзу, тому виникла необхідність врегулювання значних міграційних потоків між новоствореними державами².

Таким чином, після розпаду Радянського Союзу задля забезпечення належного соціального захисту, в тому числі і у сфері пенсійного забезпечення 14 грудня 1995 року була підписана двостороння Угода між Урядом України та Урядом Республіки Білорусь про гарантії прав громадян в галузі пенсійного забезпечення³, яка набрала чинності 11 лютого 1997 року.

Особливістю вищезазначеної Угоди є те, що витрати на виплату пенсій здійснює держава, на території якої проживає одержувач пенсії. В науці права соціального забезпечення такі угоди ще називають – договори, присвячені питанням транспортабельності пенсійних прав, що регулюють пенсійне забезпечення осіб, які змінили своє постійне місце проживання⁴, або ж угоди, що базуються на територіальному принципі. Тобто у разі переїзду за кордон на постійне місце проживання пенсіонер-мігрант має право звернутись за призначенням пенсії до уповноважених органів країни-приймача, а вони, в свою чергу, зобов'язані розглянути таке звернення та прийняти рішення щодо виплати пенсії пенсіонеру-мігранту за кошти країни, яка дала дозвіл на постійне проживання. З цього приводу, С. О. Торопкін зазначає, що територіальна система базується на партнерських, довірчих відносинах між державами і свідчить про їх дружні відносини, оскільки керуючись нею, держави, з одного боку, довіряють партнерам пенсійне забезпечення своїх громадян, що виїжджають за кордон, а з іншого боку, беруть на себе зобов'язання стосовно пенсійного забезпечення іноземців, які прибувають до них на постійне місце проживання⁵.

Хоча є й інші точки зору з цього приводу, наприклад Ю. В. Васильєва

¹ Кобзева С. И. Источники права социального обеспечения России: монография / С. И. Кобзева. – М. : Проспект, 2009. – С. 127.

² Факас І. Б. Міжнародне співробітництво в сфері загальнообов'язкового державного пенсійного страхування / І.Б. Факас // Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». – 2012. – Вип. 1. – С. 99.

³ Про гарантії прав громадян у галузі пенсійного забезпечення: Угода між Урядом України і Урядом Республіки Білорусь від 14.12.1995 р. // ОВУ. – 2008. – № 94. – Ст. 3119.

⁴ Торопкин С. А. Международное сотрудничество Российской Федерации по вопросам пенсионного обеспечения / С. А. Торопкин // Вопросы российского и международного права. – 2016. – Т. 6, № 10А. – С. 162.

⁵ Торопкин С. А. Международное сотрудничество Российской Федерации по вопросам пенсионного обеспечения / С. А. Торопкин // Вопросы российского и международного права. – 2016. – Т. 6, № 10А. – С. 164.

вважає, що угоди, які базуються на територіальному принципі здатні ефективно захистити пенсійні права громадян лише у разі максимальної схожості умов пенсійного забезпечення в договірних країнах¹, однак укладення угоди не означає уніфікації пенсійного законодавства країн – пенсійне законодавство України і Республіки Білорусь суттєво відрізняється, оскільки на його розвиток впливає стан національної економіки, демографічна та політична ситуації в країнах, а також інші фактори.

Варто зауважити, що не всі двосторонні угоди з Україною в галузі пенсійного забезпечення укладені за територіальним принципом. Більшість таких угод враховують, як обов'язкову умову – не місце постійного проживання пенсіонера, а саме розподіл фінансових витрат на виплату пенсії залежно від країни набуття страхового стажу та сплати страхових внесків. Особливістю цих угод є те, що договірні сторони несуть пропорційні витрати на виплату пенсій із застосуванням правил підсумовування стажу для визначення права на пенсію, залежно від величини пенсійних прав, які отримала застрахована особа.

Враховуючи, що і в Україні, і в Республіці Білорусь формування коштів для виплати пенсій здійснюється шляхом сплати страхових внесків працюючим населенням, більш справедливо та доцільно було б застосовувати пропорційний принцип у разі призначення пенсій особам, які з певних причин виїхали за межі країни, де вони раніше проживали та де проходила їхня трудова діяльність, тобто розмір пенсії кожна держава буде обчислювати тільки згідно норм національного законодавства та враховуючи стаж й заробітну плату, отриману на своїй території.

Ірина Міма,
*к.ю.н., доцент, доцент кафедри конституційного,
міжнародного та приватного права Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»
(Кривий Ріг)*

ХРИСТИЯНСЬКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

В умовах розбудови державності України виникають проблеми, що мають особливий характер та обумовлені складністю процесів, які відбуваються у сучасному світі, кризою духовності й моральності, уніфікацією й стандартизацією мислення, знищенням вікових традицій, що історично були пов'язані з релігією, релігійним світоглядом, релігійною картиною світу. Намагаючись подолати духовну кризу, правова, філософська, релігієзнавча й культурологічна

¹ Васильєва Ю. В. Проблемы интеграции правовой политики стран европейско-азиатского региона в области социального обеспечения / Ю. В. Васильева // Вестник пермского университета. – Политология. – 2013. – Вып. 1. – С.116-117.

думка сьогодення все більше звертається до проблеми духовних цінностей права, релігії. Звернення до аналізу духовних цінностей права, зокрема прояву християнсько-правового традиціоналізму у розбудові та розвитку національної правової системи, зумовлене потребою вироблення нової парадигми пояснення закономірностей виникнення та розвитку державно-правових явищ, сутності права, його місця та призначення у суспільстві, мотивів поведінки суб'єкта суспільних відносин у сучасному соціумі. Проблема християнсько-традиційного виміру національної правової системи актуалізується особливо сьогодні, коли саме нестабільність та криза власного буття спонукає до пошуку сфер, в яких суб'єкт суспільних відносин, відстоюючи позиції істинності взаємодії у суспільстві, може почуватись впевненим щодо захисту та узгодженню інтересів, засобами механізму правового регулювання відносин, у разі виникнення конфлікту чи неузгодженості дії між суб'єктами суспільних відносин.

Зв'язок держави та права з християнсько-правовими традиціями не викликає сумніву. Хоча розробка цієї проблеми й досі не відповідає її масштабам і значенню. До недавню, а інколи й сьогодні вчені дотримуються позицій марксистської традиції зневаження критичного ставлення до видової, в основному германської, історичної школи права, яка визнавала історичні традиції, звичаї, узвичаєння певного народу як детермінанти національного права. Є підстави розглядати моральні та релігійні (християнсько-правові) принципи як ідейну основу теорії держави та права. Виникає питання про визначення християнсько-правових цінностей, їх співвідношення з правом, ієрархію і зміст. При цьому, з точки зору праворозуміння, моральні та релігійні цінності притаманні усій сфері суспільних відносин. Хоча, теоретичними дослідженням права та правовідносин, релігійному аспекту поведінки суб'єкта не приділяється належної уваги. Вітчизняні та зарубіжні вчені: М. Баймаханов, М. Байтін, В. Баранов, С. Боголюбов, В. Графський, Ю. Гревцов, В. Гулієв, І. Ілієв, Ф. Кокошкін, О. Мартишин, Г. Муромцев, Г. Муртазаєва, В. Сорокін, М. Петровський, А. Поляков, протоієрей В. Ципін, здебільшого приділяли увагу питанням співвідношення права, моралі та релігії з позицій ліберальної концепції праворозуміння: релігійно-ліберальної, консервативно-ліберальної, залишаючи поза увагою християнсько-правовий вимір правової системи.

Християнство як релігійно-нормативна система вплинуло на історію розвитку держави та права низки країн Заходу та Сходу, формуючи моральні цінності та світогляд широкого кола суб'єктів суспільних відносин. Адже внутрішня логіка права як універсальної системи, що врегульовує більшість суспільних відносин, складовим елементом передбачає релігійне право, яке опосередковане релігійними нормами, християнсько-правовими традиціями та релігійною ідеологією. У свою чергу релігійна ідеологія є базовим підґрунтям у формуванні правосвідомості та правової культури на всіх рівнях, створюючи передумови для правомірної поведінки суб'єктів суспільних відносин.

Як світоглядна основа юриспруденції християнсько-правові традиції по-

кликані пояснити втілення загальнолюдських цінностей у національній правосвідомості, відобразити релігійно-моральні витоки та шляхи формування, використання позитивного релігійного потенціалу у процесі правового виховання. Як результат, може бути знайдено методологічний орієнтир, який дозволить подолати протистояння держави та релігійних організацій (різних конфесій та течій), і забезпечити стабільний правопорядок.

Християнсько-правові традиції, поруч з духовно-церковними та релігійно-нормативними цінностями впливають на розвиток соціально-історичної правової системи країни. Крім того, християнсько-правові традиції належить розглядати як результат діалектичних процесів суті універсальної системи релігійних юрисдикційних цінностей, мети людського існування, як фундаментальна складова структурних елементів релігійного права, що трансформують правові відносини та сприяють переосмисленню конститутивних тенденцій взаємозв'язку позитивного та релігійного права. Культурно-історичне, правове та релігійно-політичне призначення християнсько-правових традицій полягає у збереження національної самосвідомості та здатності запобігання конфлікту релігійних інтересів суб'єктів суспільних відносин.

Втілення християнсько-правових приписів, принципів, ціннісних орієнтирів та ідей у норми позитивного права сприятиме формуванню складного та своєрідного православного принципу суб'єкта суспільних відносин та правосвідомості в цілому. Відповідні християнсько-правові ідеали та цінності, що вміщені у правову ідеологію, здатні впливати на розвиток правової культури, надавати розуміння та поширення нових правових цінностей, теорій, концепцій та принципів¹. Християнсько-правові традиції формують віру та надію на майбутнє, визначають трансцендентальну мету людського буття, надають правовій системі певний напрямок та стабільність розвитку, цінності і принципи для справедливого розподілу прав і обов'язків суб'єктів правових відносин, мирного врегулювання конфліктів між суб'єктами суспільних відносин. Без врахування християнського-традиційного виміру правової системи, право постає локальним, фрагментарним та примусовим². Християнсько-правові традиції надають праву святості, абсолютної справедливості та загальності, формують у суб'єкта суспільних відносин повагу, правомірну поведінку без надмірного примусу. Істинна віра надає християнсько-правовим традиціям вагому силу впливу на свідомість, почуття, наміри та дії суб'єктів суспільних відносин.

В основі вітчизняних теорій виникнення права та держави знаходяться різні концепції праворозуміння, ідеї яких обумовлені впливом цілого ряду факторів: політико-економічними умовами, пануючою ідеологією та релігією, рівнем

¹ Трансформація правової ідеології у контексті сучасних викликів : монографія / [кол. авторів ; за заг. ред. Н.М. Онищенко]. – Вінниця : ТОВ «Нілан ЛТД», 2016. – С. 226.

² Осипян Б.А. Дух правометрії или основание межерологии права / Осипян Б.А. – М. : Издательство «Юрлитинформ», 2009. – С. 88.

державно-церковних відносин, використання релігійних норм у регулюванні суспільних відносин, що виникають та не знаходять відповідного врегулювання нормами права, домінуванням певного класу, чий інтерес відстоюється тощо. Існування різноманітних наукових теорій праворозуміння та специфіка кожної з них пояснюється, з одного боку, особливостями історичного моменту розвитку правових явищ, з іншого — дуалізмом у розумінні феномену «право», протиставлення або співставлення природного та позитивного права, божого та людського права, права та закону, офіційного права та традиції тощо¹. На думку В. В. Оксамитного, дуалізм, що властивий праву пояснюється тим, що поруч з офіційно діючим правом (юридична термінологія, правові інститути та установи, джерела права, зовнішні законодавчі атрибути та процесуальні ритуали) зазвичай переважно застосовуються власні правові форми регулювання поведінки людей, які визначаються зразками життя конкретного населення, традиціями або релігійними поглядами². М. Алексеев, визначаючи основні типи розуміння природного права, не лише поза увагою існуючий факт зближення природного права з правом божим, яке встановлене як вищий закон. Він зводить дуалізм до того, що «всему произвольно установленному противостоит непроизвольное, не установленное, само по себе необходимо существующее; образцом таких свойств является природа; следовательно, не установленное право природное или естественное»³.

Підсумовуючи вищенаведене, зазначимо, що самобутністю національного правосприйняття є поєднання юридичних, моральних та релігійних основ. Право і релігія є об'єктивними регуляторами поведінки індивідів у суспільних відносинах. Тому, на нашу думку, повинна відбуватись не конвергенція права і релігії, не релігізація права, а диверсифікація релігійних начал у правову матерію, тобто їх поширення між різними активними компонентами правової сфери з одночасним їх втіленням у юридичній науці. Так, наприклад, норми церковного права, засновані на християнських канонічних принципах, регулювали шлюбно-сімейні відносини, гармонійно поєднуючи правові норми та релігійні приписи⁴. Тому, на нашу думку, християнсько-правові традиції, повинні бути орієнтиром для нормотворця; мають визначати у нормотворчій сфері позитивного права основні цілі та нормативно-ціннісні орієнтири, що обумовлені моральними задачами, на які держава має орієнтуватись у сьогоденні та майбутньому.

¹ Бостан С. К. Проблеми пізнання причин і умов виникнення держави, її поняття та типології / С. К. Бостан // Актуальні проблеми теорії держави та права. Ч. 1 / [С.М. Тимченко, С.К. Бостан, Н.М. Пархоменко та ін.]. — К. : КНТ, 2007. — Розд. 3. — С. 83.

² Оксамитный В. В. Теория государства и права : учебник [для студ. высших учеб. заведений] / Оксамитный В. В. — М. : Камерон, 2004. — С. 421.

³ Алексеев Н. Н. Основы философии права / Алексеев Н. Н. — СПб. : Юридический центр Пресс, 1999. — С.30.

⁴ Музыченко П. П. История государства и права Украины : учебник / Музыченко П. П. — К. : Знання, 2001. — С. 190.

Олеся Молявко,
*к.ю.н., науковий співробітник
відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України
(м.Київ)*

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ПРЕДСТАВЛЕННЯ ПРИ СПАДКУВАННІ

Інститут спадкового права – один із найдавніших інструментів переходу прав від однієї особи до іншої. Основа спадкового права започаткована римським правом і окремі питання залишилися незмінними до цього часу. Це стосується свободи заповіту, встановлення певних черг спадкування за законом.

Інституту спадкового права притаманний паритет двох основних принципів спадкового права – свободи заповіту та захист майнових прав непрацездатних спадкоємців.

Українською державою підтримується у спадкових правовідносинах принцип гуманізму щодо незахищених верств населення, який бере свої витoki із Сімейного кодексу, а саме – з аліментних зобов'язань, і він переважає принцип диспозитивності і свободи заповіту.

Згідно зі ст. 1216 Цивільного кодексу України, спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Відповідно, до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини й не припинилися внаслідок його смерті.

Спадкування може бути здійснене за заповітом або за законом, тобто відповідно до норм Цивільного кодексу України.

Спадкування за правом представлення – це спадкування за законом, яке передбачає появу в певних спадкоємців права на спадкування за умови смерті до відкриття спадщини того з їхніх родичів, хто був би спадкоємцем. Таким чином, його власні спадкоємці ніби представляють у спадкових відносинах особу, яка б одержала права на спадкування, якби була живою на час відкриття спадщини.

На перший погляд поза колом спадкоємців перебувають дід/баба у випадку, якщо відкривається спадщина після смерті їх онука/онуки у випадку, якщо на момент такої смерті немає в живій їхніх сина/доньки.

Проте, спадкування за правом представлення має місце у випадках, встановлених ст.1266 Цивільного кодексу України за умови, якщо спадкоємець першої – третьої черг спадкування за законом помер до відкриття спадщини. Норми ст.1266 Цивільного кодексу України застосовуються лише щодо відносин при спадкуванні за законом (глава 86 ЦК) (п.5.3. Листа ВССУ № 24-

753/0/4-13 від 16.05.2013 «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування»¹).

Відповідно до вимог ч. 6 ст.1266 Цивільного кодексу України, при спадкуванні по прямій низхідній лінії право представлення діє без обмеження ступеня споріднення.

Виділяють дві лінії споріднення: пряму лінію, коли родичі походять один після одного та бокову, коли родичі походять від спільного предка.

Пряма лінія споріднення має два види:

- висхідна пряма лінія споріднення встановлюється від нащадків до предків (син батько дід прадід);
- низхідна (спадна) пряма лінія споріднення від предків до нащадків (прадід дід батько син).

Таким чином, відповідно до ст.1266 Цивільного кодексу України до спадкування за правом представлення закликаються саме згадані вище особи, а не їхні нащадки; при цьому обмеження ступеня споріднення не допускається лише при спадкуванні по прямій низхідній лінії, родинність за якою визначається виключно від пращура до нащадка.

Перелік осіб (спадкоємців), які мають право на спадкування за правом представлення, встановлений нормами ст.1266 Цивільного кодексу України, є вичерпним. Немає підстав розширювати цей перелік за рахунок осіб, які в якості двоюрідних племінників, двоюрідних внуків мають право на спадкування як спадкоємці п'ятої черги спадкоємців за законом. Правило про те, що при спадкуванні при прямій низхідній лінії право представлення діє без обмеження ступеня споріднення (ч. 6 ст.1266 Цивільного кодексу України), слід розуміти таким чином, що спадкоємцями по прямій низхідній лінії є рідні пра-, прадід, дід, батько, внук, правнук, праправнук. Внуки, праправнуки спадкують за правом представлення відповідно до ч. 1 ст.1266 Цивільного кодексу України, а прадід, (прабаба) відповідно до ч. 2 ст.1266 Цивільного кодексу України. Правнуки спадкують за правом представлення після смерті прадіда (прабаби), якщо на час відкриття спадщини немає в живих їхніх діда (баби), батька (матері), спадкоємців за законом першої черги.

У даному пункті листа Вищий спеціалізований суд України надає роз'яснення змісту ч. 6 ст.1266 Цивільного кодексу України, де зазначає, хто є спадкоємцем спадкодавця по прямої низхідної лінії. В перелік осіб, який наданий ВССУ, входить «дід».

Таким чином, судова практика прямо передбачає включення діда/бабу за правом представлення до першої черги спадкування після смерті онуки/онука як представника своєї доньки/сиина, якщо вони померли раніше.

¹ Лист ВССУ № 24-753/0/4-13 від 16.05.2013 «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування». – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v-753740-13>

Мирослава Муляр,
*здобувач кафедри цивільного і трудового права
Київського університету права НАН України
(Київ)*

ЩОДО ГАРМОНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУВАННЯ З ПРАВОМ ЄС

Соціально-економічні наслідки фінансової кризи 2008 року у більшості країн світу викликали нагальну потребу реформування законодавчого регулювання споживчого кредитування для забезпечення належного захисту прав споживачів кредитних послуг. Для України питання реформування законодавства у сфері споживчого кредитування є надзвичайно актуальним, що пов'язано не тільки з вирішенням існуючих гострих соціально-економічних проблем на ринку споживчого кредитування, а й зобов'язаннями України за Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

Так, відповідно до Угоди № 1678 від 16.09.2014 про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (надалі – Угода про асоціацію)¹, Україна взяла на себе зобов'язання здійснити імплементацію положень Директиви 2008/48 ЄС Європейського Парламенту та Ради від 23.04.2008 про кредитні угоди для споживачів (надалі – Директива 2008/48ЄС)² до свого правового поля упродовж трьох років після її підписання. У статті 415 Угоди про асоціацію, серед іншого, зазначено, що однією із цілей співробітництва у сфері захисту прав споживачів є забезпечення високого рівня захисту прав споживачів та досягнення сумісності між системами захисту прав споживачів України та ЄС. Відповідно до Додатку XXXVIII до глави 20 «Захист прав споживачів», Розділ «Економічне і галузеве співробітництво» Угоди про асоціацію, Україна зобов'язана поступово наблизити своє законодавство до законодавства ЄС у галузі споживчого кредитування шляхом імплементації положень Директиви № 2008/48/ ЄС. Реформи сфери фінансових послуг та захисту прав споживачів передбачені і Стратегією сталого розвитку «Україна-2020», схваленою Указом президента України від 12 січня 2015 року №5/2015.

15 листопада 2016 року Верховною Радою України було прийнято Закон

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. – Редакція від 30.11.2015. – URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011/paran2820#n2820

² Directive 2008/48/EU of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC Directive 87/102/EEC. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:EN:PDF>

України «Про споживче кредитування»¹, що набрав чинності у червні 2017 року. Його прийняття стало важливим кроком на шляху реформування законодавчого регулювання споживчого кредитування та виконанням Україною зобов'язань щодо імплементації Директиви 2008/48ЄС. Тому надзвичайно важливим є здійснити оцінку відповідності нового Закону вимогам Європейського законодавства, зокрема Директиві № 2008/48/ЄС, для досягнення сумісності між системами захисту прав споживачів України та ЄС, що передбачено Угодою про асоціацію.

Важливим для подальшого розвитку законодавства у цій сфері є науковий аналіз забезпечення належного впровадження положень Директиви 2008/48 ЄС у Законі України «Про споживче кредитування».

У сучасних словниках іншомовних слів слово «реформа» інтерпретується як «перетворення, зміна, перебудова чого-небудь, що проводиться переважно законодавчим шляхом.»

Основною метою реформи законодавчого регулювання споживчого кредитування є гармонізація українського законодавства з правом ЄС у зазначеній галузі.

Сучасна міжнародна практика реформування законодавчого регулювання споживчого кредитування спрямована на вирішення проблем надмірної заборгованості населення та недопущення кризових явищ у майбутньому шляхом посилення захисту споживачів на ринку фінансових послуг.

За висновком Організації економічного співробітництва та розвитку, посилення уваги до захисту прав споживачів фінансових послуг у всьому світі пояснюється особливостями сучасних фінансових продуктів та послуг, які передбачають можливість істотного перекладення ризиків, що виникають, саме на споживачів. Нездатність споживачів належним чином зрозуміти та оцінити ризики на фоні недостатнього правового регулювання та агресивних методів просування фінансових послуг, які до того ж можуть супроводжуватися зловживаннями, шахрайством та іншими неправомірними діями з боку надавачів послуг, створюють загрозу для економічної безпеки населення та підривають його довіру до фінансових ринків, що має негативний вплив на рівень добробуту громадян та стримує економічний розвиток².

Головною метою Закону «Про споживче кредитування» є захист прав та законних інтересів споживачів і кредиторів, створення належного конкурентного середовища на ринках фінансових послуг та підвищення довіри до нього, забезпечення сприятливих умов для розвитку економіки України,

¹ Про споживче кредитування: Закон України від 15.11.2016 № 1734-VIII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1734-19>

² Financial Literacy and Consume Protection: Overlooked Aspects of the Crisis, 2009. – URL: <http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/43138294.pdf>

гармонізація законодавства України із законодавством Європейського Союзу та міжнародними стандартами¹.

Отже, Законом України «Про споживче кредитування» запроваджується однаковий рівень захисту для кредиторів та споживачів у правовідносинах споживчого кредитування. Натомість, відповідно до преамбули Директиви 2008/48 ЄС, положення якої український законодавець імплементує у Законі України «Про споживче кредитування», метою Директиви є посилення захисту прав та інтересів економічно слабшої та менш інформаційно обізнаної сторони договору споживчого кредиту – споживача.

У преамбулі Директиви 2014/17/ ЄС «Про кредитні договори зі споживачами на придбання житлової нерухомості»² (надалі – Директива 2014/17/ ЄС) визначено, що, оскільки споживач і підприємець мають різні позиції на ринку, вони не можуть мати однакового ступеню захисту. Слабкіша позиція споживача у відносинах з фінансовою установою є очевидною, а тому він потребує потужнішого захисту його прав та інтересів для врівноваження договірної диспропорції.

Варто зазначити, що Законом України «Про споживче кредитування» регулюються і споживчі кредити на придбання житлової нерухомості (іпотечні кредити), однак положення цього Закону не враховують новели Директиви 2014/17/ЄС. Це трапилось через те, що до переліку документів, які підлягають імплементатії в українське законодавство відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, не включено Директиву 2014/17/ЄС. Очевидно, причиною цього є те, що Директива була прийнята у той самий рік, коли була підписана Угода про асоціацію. Тим не менш, оскільки сфера регулювання Закону України «Про споживче кредитування» охоплює споживчі кредити на придбання житла, вбачається доцільним враховувати положення Директиви 2014/17/ЄС, яка регулює правовідносини за договором споживчого кредиту на придбання житлової нерухомості, що стала відповіддю на фінансову кризу 2008 року та була покликана забезпечити практику відповідального кредитування у всіх країнах ЄС.

Таким чином, юридичним призначенням Директиви 2008/48ЄС, 2014/17/ ЄС, на відміну від Закону України «Про споживче кредитування», є посилення захисту прав споживача у відносинах із сильнішою стороною договору – кредитором.

Очевидним є, що сама мета Закону України «Про споживче кредитування» щодо запровадження однакового рівня захисту для кредиторів та споживачів

¹ Про споживче кредитування: Закон України від 15.11.2016 № 1734-VIII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1734-19>

² Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0017&from=EN>

в кредитних правовідносинах суперечить пріоритетним напрямкам гармонізації українського законодавства до законодавства ЄС, міжнародним стандартам захисту «слабкішої» сторони договору, основним принципам та завданням Директиви 2008/48ЄС, положення якої імплементуються до зазначеного Закону та цілям задекларованим у статті 415 Угоди про асоціацію.

Так, на нашу думку, процес реформування законодавчого регулювання споживчого кредитування в Україні не є завершеним та, безумовно, потребує подальшого удосконалення, ретельного аналізу, дослідження та обговорення, в тому числі у науковому середовищі.

Роман Неколяк,

*аспірант відділу проблем державного управління і адміністративного права
Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПРОЕКТ ДЕРЖБЮДЖЕТУ НА 2018 РІК ТА НАУКА

15 вересня 2017 року Уряд схвалив проект Державного бюджету на 2018 рік. За визначенням Міністра фінансів Олександра Данилюка «Бюджет-2018 закладає план розвитку економіки країни на перспективу, тобто орієнтуватися треба на майбутнє, створюючи основу для проведення системних глибоких реформ. Бюджет має бути інструментом розвитку і зростання».¹

Бюджет 2018 передбачає фінансування всіх основних реформ включно з змінами у науковому житті країни. Розвиток науки і техніки, що забезпечує економічне зростання держав, неможливий без належного фінансування наукових досліджень та науково-технічних розробок. Фінансування наукової і науково-технічної діяльності в Україні здійснюється за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів, коштів установ, організацій та підприємств, вітчизняних та іноземних замовників робіт, грантів, інших джерел, не заборонених законом. Одним із основних інструментів реалізації державної політики у сфері наукової і науково-технічної діяльності є бюджетне фінансування, що здійснюється за рахунок коштів державного бюджету.

Рекомендації Парламентських слухань на тему: «Про стан та проблеми фінансування освіти і науки в Україні» вказують на хронічне недофінансування державною сфери освіти та науки. Негативна динаміка останніх років поставила українську науку у загрозову ситуацію.

Видатки Державного бюджету України на наукові дослідження у 2015 році не перевищували 0,25 відсотка ВВП, а у 2016 році скоротилися до рівня нижче 0,2 відсотка ВВП. При цьому видатки на наукові дослідження з місцевих бю-

¹ Уряд схвалив проект Держбюджету на 2018 рік та направив до Парламенту // Урядовий портал. — 15.09.2017. — URL: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=250273623&cat_id=244276429

джетів не здійснюються, а кількість замовлень на наукові розробки від підприємств (спеціальний фонд бюджету) є мізерною.

Законом України «Про Державний бюджет України на 2017 рік» не визначено відсоток ВВП, що спрямовується на наукову і науково-технічну діяльність, що порушує вимогу статті 48 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність». За даними Міністерства фінансів України, обсяг коштів, що спрямовуються на наукову і науково-технічну діяльність з загального фонду державного бюджету у 2017 році, становить 4816,3 млн гривень, або 0,18 відсотка ВВП.¹

Традиційно базове фінансування наукових досліджень в Україні преважує над конкурсним. В Україні таке фінансування не перевищує 3 відсотків загального обсягу коштів, що спрямовуються на науку. Така практика не відповідає європейським стандартам де більша частина фінансування сфери науки здійснюється за рахунок конкурсного фінансування у рамках реалізації пріоритетних напрямів розвитку науки.

Бюджетні кошти, що спрямовувалися на сферу науки у попередні роки забезпечували певний рівень заробітної плати, оплату комунальних послуг та спожитих енергоносіїв, утримання матеріально-технічної бази ВНЗ та наукових установ, але не покривали проведення перспективних наукових досліджень, передусім спрямованих на забезпечення високотехнологічних напрямів, обороноздатності країни.

Планується, що у 2018 році витрати на науку зростуть на 23%. Якщо в бюджеті 2017 ця сума була на рівні 6,4 млрд грн, то в 2018 її планують збільшити на 1,5 млрд грн – до 7,9 млрд грн.²

Видатки НАН зростуть у порівнянні з минулим роком і складатимуть 4,26 млрд. грн всього (із них 3,52 млрд грн – загальний фонд). Видатки галузевих академій – НАПрН, НАПН, НАМН зростуть у порівнянні з 2017 роком. Національної академії мистецтв України – зменшаться.³

Важливо зазначити, що бюджет НАН України передбачає окрему графу видатків «Підтримка розвитку пріоритетних напрямів наукових досліджень» у розмірі 500 млн. грн. Ці кошти мають бути спрямовані до підрозділів НАН, які успішно пройдуть нову атестацію. Цей крок свідчить про розуміння Урядом необхідності підтримки наукових установ на основі якості їх наукових досліджень. У подальшому ці установи стануть флагманом наукового життя країни.

¹ Рекомендації парламентських слухань на тему: «Про стан та проблеми фінансування освіти і науки в Україні» схвалені Постановою Верховної Ради України № 2133-VIII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2133-19>

² 12 фактів про те, як бюджет-2018 повинен змінити життя українців. – URL: http://espresso.tv/article/2017/09/15/byudzhets_2018

³ Бюджет освіти та науки 2018: що пропонує уряд // CEDOS (раніше Центр дослідження суспільства) – незалежний, позапартійний, некомерційний аналітичний центр. – 22.09.2017. – URL: <https://cedos.org.ua/uk/osvita/biudzhets-osvity-ta-nauky-2018-shcho-propouie-uradi>

Також цей крок – наочний приклад зближення української системи фінансування науки з європейськими практиками. Коли наукова сфера життя країни є ще одним «ринком» у якому найбільш перспективні дослідження отримують стабільне фінансування з державного та громадського (бізнесового) секторів.

Міністерство фінансів розуміє необхідність оптимізації коштів, виділених на науку при їх традиційно хронічному відставанню від законодавчо встановлених 1,7% ВВП з метою їх максимально ефективного використання.¹ Таким чином Уряд прагне не просто забезпечити існування науки на ще один бюджетний рік, а реформувати її, «перезапустити», стимулювати її розвиток.

В той же час Кабінет Міністрів не руйнує систему, status quo – положення в якому існує українська наука, а підсилює ті дослідження, які у перспективі приносять кошти державі, сприятимуть росту престижу української науки на міжнародній арені. Разом з бюджетним регулюванням як інструментом оптимізації наукової сфери, Уряд послідовно працює у напрямі аудиту наукової та науково-технічної діяльності наукових установ. 19 липня 2017 року Кабінет Міністрів України видав Постанову № 540 «Про затвердження Порядку проведення державної атестації наукових установ».² Порядок визначає механізм проведення державної атестації наукової (науково-дослідної, науково-технологічної, науково-технічної, науково-практичної) установи з метою визначення ефективності її діяльності. Керівництво системою державної атестації наукових установ покладається на Міністерство освіти і науки України.

Державна атестація наукових установ проводиться експертними групами та експертною комісією з проведення державної атестації наукових установ, положення про які та персональний склад яких затверджується МОН. Відповідно до порядку атестація проводиться не рідше, ніж раз на 5 років. Вона обов'язкова для: наукових установ державної, комунальної форм власності; наукових установ, у статутних капіталах яких є частка, що належить державі і наукових установ НАН та національних галузевих академій наук.

Поштовхом до реформи наукової сфери в Україні має стати аудит науки який визначить сильні та слабкі сторони наукових організацій. Таким чином він буде сприяти інституційним змінам усередині організацій, стимулюючи наукові установи до реформ, наближати до європейських стандартів. Метою аудиту є не лише ревізія – кількісний і якісний аналіз діяльності наукових установ, а й шанс до критичного переосмислення інституціями і колективами свого положення у науковому житті.

20 вересня 2017 року на засідання Комітету Верховної Ради України з питань науки і освіти обговорювалося питання про необхідність запуску Націо-

¹ «Про наукову і науково-технічну діяльність». Закон України. № 848-VIII від 26.11.2015. Відомості Верховної Ради України від 15.01.2016. 2016 р., № 3, стор. 5, стаття 25.

² Постанова Кабінет Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення державної атестації наукових установ» від 19.07.2017 № 540. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/540-2017-%D0%BF>

нального фонду досліджень та імплементації Закону «Про наукову та науково-технічну діяльність». Вважаємо недоліком не включення Кабінетом Міністрів у проект Державного бюджету коштів на створення та діяльність Національного фонду досліджень.¹

Адже державне регулювання наукової діяльності реалізується, зокрема, через Національний фонд досліджень України. Фонд є державною бюджетною установою, головним розпорядником бюджетних коштів. Головна функція Фонду – це грантове фінансування конкретних проектів, яке спрямоване на підтримку фундаментальної науки найвищого рівня, що в підсумку має стати рушієм реформ інноваційного ландшафту держави й популяризації науки. Фонд фінансуватиме конкретні наукові розробки, а не діяльність державних наукових установ як таких. Важливо зазначити що діяльність Фонду ніяк не перешкоджатиме базовому фінансуванню науки через усталені канали фінансування. Діяльність Фонду як інституції фінансування дозволить внести в українську науку дієвий механізм грантового фінансування.

Проект державного бюджету на 2018 рік свідчить про зростання уваги до наукової сфери в урядових колах. На відміну від попередніх років кошторис бюджету прагне підтримати реформу наукової сфери та зблизити її з Європейським дослідницьким простором. Нагальної уваги законодавців та Уряду потрєбує питання старту роботи Національного фонду досліджень України.

Армен Нерсесян,
*к.ю.н., старший науковий співробітник
відділу проблем кримінального права, кримінології та судострою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ДЕПУТАТСЬКА НЕДОТОРКАННІСТЬ ТА НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ

Питання депутатської недоторканності, що знаходиться на межі політології і права, найчастіше розглядається в контексті можливостей нардепів України щодо ухилення від кримінальної відповідальності за корупційні та інші злочинні діяння. Частиною 2 ст.19 Конституції України встановлено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що перед-

¹ Комітет ВРУ: Фінансування Нацфонду досліджень та зобов'язань перед НАТО – у проект бюджету на 2018 рік потрібно закласти більше коштів на науку. – URL: <http://mon.gov.ua/usi-novivni/novini/2017/09/20/komitet-vru-na-2018-rik-potribno-zaklasti-bilshe-koshtiv-na-nauku/>

бачені Конституцією та законами України. Чи не в першу чергу це стосується притягнення особи до кримінальної відповідальності¹.

Згідно ст. 2 КПК України одним із завдань кримінального провадження є те, щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура².

Варто зауважити що негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД) є (з огляду на норми КПК України) винятковим способом збирання доказів у кримінальному провадженні, що проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.

В українській правовій науці даний інститут кримінального процесуального права викликав велику кількість як позитивних висловлювань так і критичних зауважень, що не дивно, оскільки до системи НСРД входять такі, що суттєво обмежують конституційні права громадян³.

Українські вчені визначають, що основними правами особи, які обмежуються при НСРД, є такі:

- право на особисту недоторканність (ст. 29 Конституції України);
- право на недоторканність житла (ст. 30 Конституції України);
- таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31 Конституції України);
- право на невтручання в особисте і сімейне життя (ст. 32 Конституції України).

Водночас, поряд з найвищою цінністю людини, її прав і свобод під захистом Конституції України перебувають й інші цінності та принципи, зокрема, такі як демократична, правова і соціальна держава, верховенство права, справедливність і рівність, поділ влади. Ці та інші цінності, що охороняються Конституцією, прямо пов'язані з негласними слідчими (розшуковими) діями⁴.

Таким чином, негласні слідчі (розшукові) дії є формою слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні, що проводяться негласно, тобто таємно від повідомлення особи, щодо якої вони проводяться та третіх осіб, і пов'язані із втручанням в її приватність або іншим тимчасовим обмеженням конституційних прав даної особи.

У КПК України закріплені особливі форми кримінального провадження,

¹ Конституція України // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/print1477036934495976>

² Кримінальний процесуальний кодекс України // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1477036934495976>

³ Коваль А.А. Актуальні проблеми забезпечення конституційних прав людини при провадженні негласних слідчих (розшукових) дій // Форум права – 2014 – № 1 – с.238-242.

⁴ Гольдберг Н.О. Забезпечення прав і свобод особи під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій // Вісник Академії митної служби України. Серія: «Право». – 2015. – № 1 (14). – с. 143-148.

одна з яких стосується певної категорії осіб. Такими особами в тому числі є і народні депутати України. Частинами 1,3 ст. 80 Конституції визначено, що народним депутатам України гарантується депутатська недоторканність. Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані.

Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та застосування інших заходів, що відповідно до закону обмежують права і свободи народного депутата, допускаються лише у разі, коли Верховною Радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо¹.

Частиною 3 ст. 482 КПК України встановлено, що обшук, затримання народного депутата України чи огляд його особистих речей і багажу, транспорту, жилого чи службового приміщення, а також порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та застосування інших заходів, в тому числі негласних слідчих дій, що відповідно до закону обмежують права і свободи народного депутата України, допускаються лише у разі, якщо Верховною Радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Відтак, проведення будь-яких негласних слідчих (розшукових) дій щодо народного депутата України допускається лише у разі надання Верховною Радою України згоди на притягнення його до кримінальної відповідальності.

Також важливо зазначити, що документом, який врегульовує питання діяльності Верховної Ради України, в тому числі і надання згоди на притягнення народного депутата до кримінальної відповідальності, є Регламент Верховної Ради України, затверджений Законом України від 10 лютого 2010 року № 1861-VI² (далі за текстом – Регламент).

Статтею 218 Регламенту встановлено, що відповідно до частини третьої статті 80 Конституції України Верховна Рада надає згоду на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт народного депутата. Подання про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт народного депутата ініціюється прокурором. При цьому щодо кожного виду запобіжного заходу подається окреме подання. Подання щодо народного депутата повинно бути підтримано і внесено до Верховної Ради Генеральним прокурором (виконувачем обов'язків Генерального прокурора). Подання про надання згоди на притягнення до кримінальної відпо-

¹ Закон України «Про статус народного депутата України» // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2790-12/print1456059061408949>

² Регламент Верховної Ради України, затверджений Законом України від 10 лютого 2010 року № 1861-VI. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/print1477036934495976>

відальності, затримання чи арешт народного депутата повинно бути вмотивованим і достатнім, містити конкретні факти і докази, що підтверджують факт вчинення зазначеною в поданні особою суспільно небезпечного діяння, визначеного Кримінальним кодексом України. У поданні про затримання чи арешт повинно міститися чітке обґрунтування необхідності затримання чи арешту. Подання, що не відповідає вимогам цієї статті, Голова Верховної Ради України повертає Генеральному прокурору (виконувачу обов'язків Генерального прокурора), про що повідомляє Верховну Раду на найближчому пленарному засіданні Верховної Ради.

Згідно ст. 219 Регламенту Голова Верховної Ради України пропонує народному депутату, щодо якого внесено подання про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт, подати протягом п'яти днів письмові пояснення комітету, до предмета відання якого належать питання регламенту, і доручає зазначеному комітету надати висновок щодо подання про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт народного депутата згідно із законом. Наступними етапами процедури є розгляд питання в комітеті та підготовка висновку комітету щодо надання згоди Верховною Радою на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт (ст. 220 Регламенту) та розгляд Верховною Радою України питання про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт (ст. 221 Регламенту).

Відповідно ч.ч.8,9 ст. 221 Регламенту рішення про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт Верховна Рада приймає відкритим поіменним голосуванням більшістю голосів народних депутатів від її конституційного складу, яке оформляється постановою Верховної Ради. Рішення Верховної Ради про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт не переглядаються, крім випадку виявлення обставин, що не були відомі Верховній Раді під час розгляду відповідного подання. Про прийняте рішення Голова Верховної Ради України негайно повідомляє Генерального прокурора (виконувача обов'язків Генерального прокурора).

Таким чином, проведення щодо народного депутата України негласних слідчих дій, що відповідно до закону обмежують права і свободи народного депутата України, а також порушення щодо нього таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції допускаються лише у разі, якщо Верховною Радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Слід відтак констатувати, що проведення негласних слідчих (розшукових) дій щодо народного депутата України, здійснене всупереч ч. 3 ст. 482 КПК України до надання Верховною Радою України згоди на притягнення цього депутата до кримінальної відповідальності, є таким, що здійснене всупереч нормам КПК України. Відтак, отримані внаслідок таких негласних

слідчих (розшукових) дій докази визнаються судом недопустимими в порядку ст. 89 КПК України.

Анастасія Нерсесян,
*аспірантка другого року навчання
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України
(Київ)*

ПАТЕНТУВАННЯ БІОТЕХНОЛОГІЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЄС

Досягнення в галузі біотехнологій в охороні здоров'я, сільському господарстві або навколишньому середовищі, надали надзвичайний вплив на тривалість і якість життя. Біотехнології вже забезпечили людство життєво необхідними ліками, такими як людський інсулін для лікування діабету, еритропоетин для лікування анемії і моноклональних антитіл для лікування раку, а також створили перспективи для лікування хвороб, які в даний час вважаються невиліковними.

У даній статті планується зосередити увагу саме на патентуванні біотехнологій у медицині. Проте перш за все варто дати визначення поняттю біотехнологій. У медицині біотехнологічні прийоми і методи грають головну роль при створенні нових біологічно активних речовин і лікарських препаратів, призначених для ранньої діагностики і лікування різноманітних захворювань.

В останні роки дослідникам вдалося поліпшити своє розуміння функціонування людського організму і його імунної системи. Біотехнології вже забезпечили людство такими життєво необхідними лікарськими засобами, як людський інсулін, еритропоетин і герцептин, і цей перелік звичайно не є вичерпним. Відповідно, з появою біотехнологічних винаходів в галузі медицини, з'являється і необхідність їх патентування.

Щоб бути патентоспроможними, біотехнологічні винаходи повинні відповідати тим же критеріям, що й в будь-якій галузі. Патенти можуть бути надані тільки на винаходи, які є новими, мають достатній винахідницький рівень і прийнятні для промислового застосування. Це означає, що, наприклад, людський ген, який існував до цього, але був «прихований» від публіки в тому сенсі, що не має визнаного існування, може бути запатентовано, за умови що він ізольований (відокремлений) від навколишнього середовища, або коли дослідження цього гена проводиться за допомогою тривалого технічного процесу до тих пір, поки його промислове застосування не буде розкрито в заявці на патент. Всі інші вимоги патентоспроможності також повинні бути виконані.

З того часу як біотехнологічні винаходи вперше були запатентовані, через характер біотехнології та наявність певних етичних наслідків існують деякі правила, що застосовуються при розгляді питання патентоспроможності винаходу в цій галузі. Одним із основних документів в галузі патентування є

Конвенція про видачу Європейських патентів 1973 року. У статтях 52 і 53 Європейської патентної конвенції визначається, що може і не може бути запатентовано.

Як зазначено у Конвенції, жоден європейський патент не може бути надано на будь-який винахід, чия комерційна експлуатація буде суперечити громадському порядку або моралі; хірургічні або терапевтичні методи лікування організму людини або тварини, а також методи діагностики, що практикуються на організмі людини або тварини (ст. 53 (с) ЄПК)¹.

В Європі, дебати щодо патентів в галузі біотехнологій (в тому числі в медичній сфері) почалися в кінці 1980-х років. Їх метою стало з'ясування відмінностей між тим, що є патентоздатним, а що ні, а також гармонізації законодавства держав-членів ЄС у цій галузі. Це призвело до прийняття 6 липня 1998 року директиви ЄС 98/44 / ЄС про правову охорону винаходів в галузі біотехнологій². Разом з статтями Європейської Патентної Конвенції про матеріальні норми патентного права, ця директива в даний час є основою для прийняття рішення щодо патентоспроможності біотехнології в Європейському патентному відомстві. Це поширило практику Європейського патентного відомства в галузі біотехнології, і в той же час посилило увагу до етичних міркувань.

Наприклад, директива підтвердила, що ізольований біологічний матеріал є патентоздатним, навіть якщо він зустрівся раніше в природі (Правило 27 (а) ЄПК). Крім того, винахід, що стосується послідовності генів може бути запатентований за умов, що промислове застосування послідовності розкрито в заявці, і всі інші критерії патентоспроможності виконані (Правило 29 (3) ЄПК).

Проте, директива виключає патентування всього людського тіла у всіх його фазах розвитку (Правило 29 (1) ЄПК). Те ж саме відноситься і до процесів клонування людини, способів модифікації зародкової лінії генетичної ідентичності людини і використання людських ембріонів в промислових або комерційних цілях. Цей каталог винятків з патентоспроможності не є вичерпним (Правило 28 ЄПК).

На додаток до положень ЄПК і директиви ЄС, рішення суду ЄС утворюють додаткове джерело, яким керуються під час розгляду питання щодо патентоспроможності біотехнологічних винаходів. Знаковим стало рішення суду ЄС, що стосувалося культур стовбурових клітин і було винесено 25 листопада 2008 р. У справі WARF/Thomson (G 2/06), суд вирішив, що в рамках ЄПК не

¹ Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention) of 5 October 1973 as revised by the Act revising Article 63 EPC of 17 December 1991 and the Act revising the EPC of 29 November 2000 // European patent office. – URL: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/ma1.html>

² Directive 98/44/EC of the European parliament and of the council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions // Official Journal of the European Communities. – URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0044&form=EN>

представляється можливим видачі патенту на винахід, яке обов'язково передбачає використання і знищення людських ембріонів, та підкреслив, однак, що його рішення не стосується загального питання щодо патентоспроможності стовбурових клітин людини¹.

Аналогічним чином, Суд ЄС виніс рішення в 2011 році в «справі Brüstle» (C-34/10), спираючись на те, що стаття 6 (2) (с) Директиви ЄС виключає з патентоспроможності винахід, який передбачає знищення людського ембріона незалежно від моменту часу, при якому таке руйнування відбувається². При винесенні рішення, опублікованого 18 грудня Суд ЄС керувався заборонаю видачі патентів на людські ембріональні стовбурові (ЕС) клітини. Заборона була видана у відповідь на патент вченого, що займався дослідженням стовбурових клітин Олівера Брюстла з Університету Бонна, Німеччина, для процесу виготовлення нейронів з ембріональних стовбурових клітин. А також, беручи до уваги заборону на патенти, які включають руйнування клітин, здатних до утворення людських ембріонів, суд заборонив патенти на ембріональні стовбурові клітини, виокремлені з партеногенотної яйцеклітини, заявивши, що вони «здатні покласти початок процесу розвитку людської істоти». Але багато вчених засудили дане рішення суду, стверджуючи, що це призведе до уповільнення розвитку клітинної терапії. На додаток до рішення Суду ЄС C-34/10 у справі Брюстла, Європейське патентне відомство внесло поправки до розділу G-II, 5.3, пов'язані з розглядом заявок щодо патентоспроможності винаходів з використанням людських ембріонів.

Через це згодом Європейський Суд виніс рішення про те, що людські ембріональні стовбурові клітини, виготовлені з незапліднених яйцеклітин можуть бути запатентовані – на тій підставі, що у них немає можливості перетворитися на людину. Основною мотивацією стало те, що у деяких тварин партеногенез є засобом безстатевого розмноження, а клітини людини, створені таким чином, не розвиватимуться належним чином.

Іще одним важливим на думку Європейського союзу є судовий процес Monsanto Technology LLC проти Cefetra BV і ін.³ Вважається, що він може ненавмисно завдати серйозної економічної шкоди європейській біотехнологічній промисловості. У своїй постанові Європейський Суд, інтерпретуючи Директиву 98/44/ЄС в контексті порушення патентних прав, розсудив, що патентні претензії, що охоплюють ізольовану ДНК або трансгенні продукти, які містять

¹ Decision of the Enlarged Board of Appeal dated 25 November 2008 G 2/06 // European patent office. – URL: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/g060002ep1.pdf>

² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 October 2011. Oliver Brüstle v Greenpeace eV. // European Commission. – URL: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/10c034_en.pdf

³ Judgment of the Court (Grand Chamber) 6 July 2010 In Case C-428/08 Monsanto Technology LLC v Cefetra BV and others. – URL: <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-157013.pdf>

zapatentований ДНК, може бути відхилено, якщо ДНК не функціонує в момент передбачуваного порушення.

В результаті рішення Європейського суду, існує значний ризик того, що безліч продуктів біотехнологій не будуть захищені від нормативних патентних претензій. Обвинувачений у порушенні патентних прав, наприклад, може заперечувати порушення, просто стверджуючи, що запатентований полінуклеотид або ген не виконує свою функцію в момент передбачуваного порушення. Оскільки багато генів є лише тимчасово функціональними, або існують та функціонують тільки в деяких тканинах або органах, або мають безліч функцій, цей захист може мати сенс. Крім того, вплив цієї думки може поширюватися далеко за рамки вузької концепції біотехнологічної промисловості. Наприклад, життєздатність патентів, виданих на ізольовані послідовності ДНК або РНК, що використовуються в якості реагентів – в тому числі реагентів, що використовуються в діагностичних методах, таких як ген тести і ДНК-чипи – в даний час під загрозою.

Dr. Jarosław Niesiołowski,

Starszy Wykładowca

Katedra Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytet Gdański

(Gdańsk, Polska)

REWOLUCJA I REFORMA W PRAWIE – SYGNALIZACJA PROBLEMÓW / РЕВОЛЮЦІЯ І РЕФОРМА В ПРАВІ – СИГНАЛІЗАЦІЯ ПРОБЛЕМ

У публікації порушуються питання сигналізації проблеми революції та реформи в праві. Хоча революцію в праві можна оцінити позитивно або негативно, еволюція права та відповідні реформи, якщо вони є соціально прийнятними, повинні оцінюватися позитивно. У роботі аналізуються етапи змін, які пройшли в польській системі права після політичної трансформації у 1989 році, з особливою увагою до змін у праві, пов'язаних із вступом Польщі до Європейського Союзу.

Zagadnienie rewolucji w prawie, ewolucji prawa i związanych z nimi reform jest niezwykle ciekawe, jednak wymagałoby długich studiów, w tym analiz historycznych. Dlatego w niniejszej pracy zasygnalizuję tylko niektóre problemy z tym związane, na przykładzie przede wszystkim polskiego systemu prawa.

Pisząc o reformie prawa na wstępie należałoby się odnieść do kwestii związanych z rewolucją w prawie oraz ewolucją prawa. Niewątpliwie rewolucja w prawie wiąże się z rewolucją społeczną, które to rewolucje występowały na przełomie wieków. Rewolucje w prawie oceniać można w różnych sposób, tak na przykład Wielka Rewolucja Francuska, która wiązała się również z rewolucją w prawie niewątpliwie stanowiła postęp w rozwoju ludzkości i prawa. Rewolucja ta wprowadziła do prawa takie wartości

jak równość wobec prawa, laicyzację prawa i gwarancję przez prawo podstawowych wolności i swobód obywatelskich. Jednak jak w każdej sytuacji rewolucyjnej, w okresie Rewolucji Francuskiej można było obserwować elementy użycia siły, gwałtu i bezprawia. Nieco inaczej oceniać należałoby rewolucję w prawie związaną z rewolucją społeczną dokonaną przez bolszewików w Rosji carskiej. Nowa władza jednym z pierwszych aktów uchyliła cały dotychczasowy porządek prawny, nakazując sądom orzekać na podstawie świadomości rewolucyjnej. Wystąpił tu więc swoisty nihilizm prawny, powodujący stan anarchii i zamieszania. Dopiero w pewnej perspektywie czasowej nowa władza zaczęła budować nowy komunistyczny porządek prawny, który przybrał postać normatywizmu komunistycznego. W Polsce po 1945 r. i przejściu władzy przez komunistów sytuacja miała się zgoła inaczej. W mocy z pewnymi wyjątkami pozostał przedwojenny porządek prawny. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Polskiego Sądu Najwyższego, szczególnie z lat 50., uznano iż przepisy prawne z okresu międzywojennego obowiązują z mocy prawodawcy ludowego. Takie stanowisko Sądu Najwyższego wskazywało na sposób interpretacji utrzymanego w mocy porządku prawnego i preferowało wykładnię dynamiczną, zgodną z intencją prawodawcy ludowego. Tym samym zmiany w prawie następowały nie poprzez proces stanowienia prawa, a proces stosowania prawa. Począwszy od lat 50. nowy polski prawodawca rozpoczął kształtowanie nowego, socjalistycznego porządku prawnego, czego wyrazem była polska konstytucja z 1952 r. Kończąc te krótkie rozważania na temat rewolucji w prawie należy uznać, iż kwestia czy rewolucja w prawie niesie ze sobą postęp czy uwstecznienie jest problematyczna. Rewolucja w prawie może prowadzić zarówno do postępu jaki i uwstecznienia prawa w zależności od celów rewolucji sposobów i metod jej przeprowadzenia.

Nieco odmiennie należy spojrzeć na zmiany ewolucyjne w prawie. O ile rewolucja w prawie wiąże się z rewolucją społeczną, często związaną z walką zbrojną, o tyle zmiany ewolucyjne w prawie następują stopniowo i pokojowo. Ewolucja prawa jest jego emanentną cechą, albowiem prawo musi nieustannie przystosowywać się do zmian społecznych, które niewątpliwie wyprzedzają prawo. Szczególnie w obecnych czasach obserwujemy, iż sfera rzeczywistości społecznej charakteryzuje się daleko idącym stopniem skomplikowania i dynamiką zmian. Współczesne społeczeństwa są coraz bardziej pluralistyczne i zróżnicowane, co w konsekwencji wymusza szybkie i stałe zmiany prawa. Ewolucja prawa wiąże się z reformą prawa. Polski system prawa poczynając od roku 1989, czyli po transformacji ustrojowej ulegał daleko idącym zmianom, w ramach których można wyróżnić trzy etapy.

Pierwsza daleko idąca zmiana miała związek z koniecznością eliminacji starych regulacji prawnych, które nie były przystosowane do nowych warunków politycznych, społecznych i gospodarczych oraz wprowadzenia nowych regulacji, adekwatnych do zmienionej rzeczywistości społeczno-gospodarczej po transformacji społecznej. Tuż po zmianie systemowej uchylono moc obowiązującą części polskiego porządku prawnego. Pojawiły się nieznane dotąd regulacje prawne w zakresie na przykład: prawa handlowego, prawa upadłościowego, prawa mediów, reaktywowano prawo wekslowe.

Zmian było tak dużo, że można mówić o przełomie w prawie polskim, która dokonała się, jednak w sposób ewolucyjny.

Druga istotna zmiana polskiego systemu prawa dokonana w drodze reform miała miejsce w związku z akcesją, a następnie przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej. Polska przystąpiła do Unii Europejskiej w maju 2004 r., jednak przystąpienie Polski do Unii poprzedził układ o stowarzyszeniu Polski z Unią, który zaczął obowiązywać od 1994 r. Okres od 1994 r. do 2004 r. nazwać można okresem przejściowym. W okresie tym następowała w Polsce istotna zmiana prawa krajowego mająca na celu przystosowanie prawa polskiego do prawa wspólnotowego. Przystosowanie prawa polskiego do prawa unijnego było istotnym warunkiem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej. Warto zauważyć, że obok tego warunki istotne są takie kwestie w zakresie przystąpienia do Unii jak: istnienie w danym państwie systemu demokratycznego, występowanie gospodarki rynkowej, przestrzeganie praw człowieka. Tak więc w okresie przejściowym wprowadzono nowe regulacje prawne dotyczące na przykład prawa własności intelektualnej, prawa ochrony konkurencji i konsumenta, dokonano zmian w prawie na przykład poprzez wyeliminowanie kary śmierci z polskiego kodeksu karnego.

Trzecia istotna zmiana polskiego prawa miała związek z bezpośrednim przystąpieniem Polski do Unii. Od tego czasu w Polsce obowiązują dwa systemy prawne, to jest prawo krajowe oraz prawo unijne, przy czym prawo unijne ma pierwszeństwo przed prawem krajowym². Przystąpienie Polski do Unii spowodowało i na bieżąco powoduje konieczność implementacji dyrektyw unijnych na grunt prawa krajowego. Typowym przykładem jest chociażby polska ustawa o podatku VAT, która stanowi implementację bardzo szczegółowej dyrektywy dotyczącej VAT (jest jej nieporadnym tłumaczeniem). Akty prawa wspólnotowego w postaci rozporządzeń i dyrektyw powodują unifikację i harmonizację prawa w obrębie państw członkowskich Unii Europejskiej.

Od roku 2015 w Polsce obserwujemy tendencję do istotnych zmian prawa idących przede wszystkim w kierunku zmian instytucjonalnych, mających doprowadzić jak się wydaje do centralizacji państwa i instytucji państwowych i unifikacji społeczeństwa, czego przykładem może być spór o Trybunał Konstytucyjny czy zmiany związane z polskim systemem sądownictwa. Zapowiadane są też zmiany związane z prawem mediów. Wymienione zmiany budzą zaniepokojenie społeczne i niepewność dotyczącą przyszłości u części polskiego społeczeństwa.

Polski porządek prawny poczynając od roku 1918, kiedy to Polska odzyskała niepodległość może być obiektem ciekawych badań w zakresie zmian i reform prawa³, albowiem zmian i reform było bardzo wiele co w konsekwencji ma wpływ na autorytet prawa i sposoby jego przestrzegania. W Polsce ze względu na powyższą okoliczność dominują wobec prawa u obywateli postawy oportunistyczne i konformistyczne, natomiast wciąż do wyjątku należy postawa legalistyczna.

Na wstępie wskazano iż reforma prawa jest jego immanentną cechą, jednak zbyt daleko idące i dokonywane w krótkim okresie zmiany prawa naruszają taką wartość,

jak pewność i bezpieczeństwo prawa. W sferze społecznej mają wpływ na autorytet prawa, postawy wobec prawa i szacunek dla prawa. Dlatego reformy prawa, aczkolwiek niezbędne, winny być dokonywane w sposób wyważony, przy akceptacji i konsultacji społecznej i nie powinny następować w krótkim czasie. Podstawą reform winny być akceptowane cele społeczne a zmiany prawa nie należy dokonywać dla samej zmiany lub ze względów personalnych lub politycznych.

Bibliografia:

1. F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo Europejskie*, Warszawa 1999, Wydawnictwo PWN S A,
2. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa – prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1999.

Людмила Ніколенко,

*д.ю.н., професор,
професор кафедри господарсько-правових дисциплін
Донецького юридичного інституту МВС України
(Кривий Ріг)*

ДОСЯГНЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОЧИНСТВА В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ

Побудова незалежної судової влади, удосконалення судоустрою та процесуального законодавства, забезпечення права на ефективний та справедливий судовий розгляд є метою правової реформи, що відбувається в Україні. Процесуальне законодавство потребує змін та прийняття актів нової формації, які б відповідали сучасним міжнародним і національним реаліям, а також відображали результати модернізації держави. Завданням реформування процесуального законодавства є створення ефективного та справедливого судочинства, яке буде спрямовано на забезпечення достатнього рівня захисту прав, свобод та інтересів осіб.

В умовах сучасного розвитку України, основною тенденцією якої є наближення української правової системи до європейських та світових стандартів, актуалізувалося питання щодо ефективного судового захисту прав та інтересів осіб.

Діяльність судової системи повинна бути ефективною, тобто максимально сприяти досягненню поставлених перед нею цілей. Недоліки в організаційній діяльності, нестабільність законодавчої бази та помилки суддів, що у подальшому тягнуть перегляд справи, знижують ефективність діяльності господарських судів та господарського судочинства взагалі. Вони особливо небезпечні, оскільки не сприяють зміцненню та зростанню економіки країни, стабільності та визначеності у взаємовідносинах суб'єктів господарювання, держави, суспільства в цілому. Тому зрозуміло, що вивчення та аналіз недоліків в організації та діяльності системи господарських судів, їх причин і способів усунення пред-

ставляють собою важливу наукову і практичну проблему, складову частину підвищення ефективності судочинства.

Верховною Радою України прийнятий проект Закону України № 6232 від 23.03.2017 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»¹.

У сучасний період здійснюється комплексна реформа не тільки процесуального законодавства, а також судоустрою. Конкурс до новоствореного Верховного Суду України завершений, визначений список суддів. Слід підкреслити, що проведення конкурсу до вищої судової інстанції у такому форматі є унікальним у світовій практиці. Тобто, маємо всі умови для досягнення мети господарського судочинства, а саме, ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави.

Незалежність суддів, законність, рівність всіх перед законом і судом, рівноправність сторін, змагальність, безпосередність судового розгляду, гласність, державна мова судочинства – ці та інші принципи послідовно втілені та реалізуються у господарському процесуальному праві, а також є гарантіями законного і своєчасного розгляду справи, підвищення ефективності судочинства.

Ефективність судочинства залежить, по-перше, наскільки точно і реально визначені у законі завдання та цілі; по-друге, чи достатньо процесуальних та інших засобів (гарантій) для їх досягнення. Тобто, ефективність слід розглядати, як сукупність елементів, які складаються з: мети; системи дій, спрямованих на досягнення мети; інформації щодо досягнення мети та кінцевого результату.

Слід визнати, що на сей час не існує критеріїв визначення ефективності судочинства, правосуддя або норм законодавства, що дозволили б виявити проблемні питання, прогалини або шляхи вдосконалення законодавства. Суб'єкти господарювання з метою захисту своїх прав та законних інтересів мають можливість вибору форми захисту: судової або альтернативної. Але критерієм вибору повинно стати ефективність розгляду господарських спорів. Господарське судочинство можливо розглядати як один з різновидів дискретної форми захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання. У свою чергу, іншими формами можуть бути, наприклад, досудовий розгляд, третейський розгляд, медіація, міжнародний комерційний арбітраж тощо. Активне застосування альтернативних форм дозволить не тільки вирішити проблему надмірної зайнятості більшості господарських судів, але і скоротити строк розгляду справи, підвищити якість прийнятих судових актів, а отже, й

¹ Проект Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів від 23 березня 2017 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

підвищити ефективність господарського судочинства. Альтернативні форми вирішення господарських спорів не можуть поки конкурувати з судами. Вони можуть лише частково розвантажити судову систему, але не стати їй реальним конкурентом. Ні держава, ні суспільство не ставлять сьогодні своїм завданням підвищити конкурентоспроможність судової системи (як запорука її ефективності). Але держава повинна мати альтернативні механізми, що забезпечать захист прав і законних інтересів суб'єктів при їх можливому зверненні. Причому застосування альтернативних форм розгляду господарських спорів не потребують ніяких додаткових фінансових витрат держави, а, навпаки, здешевить судочинство.

З методологічної точки зору ефективність може бути розглянута, по-перше, як ефективність системи господарського судочинства в цілому; по-друге, як ефективність вирішення сукупності справ; по-третє, як ефективність вирішення конкретного господарського спору.

Ефективність системи господарського судочинства залежить від результативності діяльності судів першої інстанції, апеляційної та касаційної інстанцій. Ефективність діяльності судів першої інстанції складається з результативності діяльності окремих суддів та сукупності всіх суддів господарського суду і визначається співвідношенням судових актів, що набрали законної сили, до числа ухвалених судових актів кожним суддею і судом в цілому. Ефективність діяльності апеляційних та касаційної інстанції повинна визначатися виходячи з кількості попереджених (запобіглих) помилок суддів першої інстанції, а не з кількості скасованих судових актів.

До складових ефективності судочинства слід віднести: доступність, тобто можливість отримання судових послуг; розумність строку розгляду справи – це принцип встановлений Європейським судом з прав людини, який визначається з урахуванням складності справи, поведінки заявника, поведінки судових та інших державних органів, важливості предмету розгляду для заявника¹; оперативність розгляду; дотримання процесуальної форми; публічність судових рішень; виконання судового рішення у встановленні строки. Ефективність судочинства визначається також ефективністю норм матеріального та процесуального права. Виявити та дослідити ефективність норм як матеріального, так і процесуального права можливо саме в процесі правозастосовної діяльності, зокрема судової. Оскільки саме при розгляді справ у суді виявляються прогалини, недосконалість і порушення матеріального та процесуального законодавства. Результативність норм господарського процесуального права, їх ефективність проявляється в тому, що господарсько-процесуальна норма повинна: забезпечувати оперативне та правильне вирішення справи, ухвалення законного та обґрунтованого рішення; гарантувати захист інтересів громадян,

¹ Кеніг проти Федеративної Республіки Німеччини: Рішення Європейського суду з прав людини від 28 червня 1978 р. – URL: http://european-court.eu/uploads/ECHR_Konig_v_Germany_28_06_1978.doc

організацій та держави; сприяти запобіганню правопорушень господарського правопорядку. Критерії ефективності судочинства повинні бути спрямовані на якісний та справедливий захист прав та законних інтересів суб'єктів, відповідний міжнародним та європейським стандартам.

Тільки комплексне вирішення всіх зазначених проблем дозволить створити умови для досягнення високої ефективності господарського судочинства, розвитку та зміцненню ринкових відносин, зросту економіки країни в цілому.

Денис Новіков,

*к.ю.н., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін,
господарського та трудового права*

Харківського Національного університету імені Г.С. Сковороди (Харків)

ОРТОДОКСАЛЬНІСТЬ ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНА СКЛАДОВА ДОКТРИНИ ТРУДОВОГО ПРАВА

В останні десятиліття традиційна парадигма регулювання трудових відносин трансформується під тиском глобалізації ринку праці, транснаціоналізації капіталу, деіндустріалізації виробництва та формування широкого ринку послуг у розвинених країнах, економічної й технологічної диспропорції розвитку країн Півночі і Півдня та інших двояких за своїм характером явищ сучасності. В ареалі ринку праці з'явилися нібито нові форми зайнятості на кшталт неповної зайнятості, позикової та дистанційної праці. У багатьох країнах (особливо у тих, які міжнародні рейтинги відносять до країн, що розвиваються) проявилась тенденція до лібералізації правового регулювання трудових відносин. Ця лібералізація по своїй суті, і де б вона не проводилась, означає зменшення та звуження соціальних гарантій для працівників під приводом необхідності надання свободи ринковим відносинам та гнучкості трудової поведінки трудящих. Насправді посилення гнучкості регулювання трудових відносин означає зниження ступеня соціального захисту працюючих, заробітної плати найманих працівників, а заклик до посилення гнучкості є лише погано приховуваною спробою позбавити трудящих завоювань, набутих ними у ході багаторічної політичної та профспілкової активності. Тому не варто не варто сприймати однозначно переконання відомого вченого І.Я. Кисельова, який п'ятнадцять років тому писав, що «трудова право адаптується до вимог нової епохи, до умов, які складаються на національних і міжнародних ринках під впливом технічного прогресу та глобалізації господарського життя, яка усе більш посилюється»¹.

Навпаки, доктрина трудового права як система поглядів вчених, що ґрунтуються на конституційних принципах, повинна ґрунтуватись на такій скла-

¹ Киселев И.Я. Новый облик трудового права в странах Запада (прорыв в постиндустриальное общество) // Управление персоналом. – 2002. – № 4. – С. 55.

двій як «ортодоксальність» (з грецької «ортодоксія» означає пряму думку або правильне вчення). Тобто трудовому праву при виробленні свого відношення до сучасних процесів варто звертатись до фундаментальних засад Основного Закону держави та глибин вчень про правове регулювання трудових відносин, а не сліпо пристосовуватись до мінливих умов сьогодення, вбачаючи у цьому єдиний спосіб зберегтись в якості самостійної галузі праві.

Натомість в останні десятиліття наука трудового права піддається серйозній критиці щодо своєї невідповідності потребам ринкової системи, а у практичній площині з'являються такі «схеми управління трудовими ресурсами» як менеджмент з персоналу. На жаль, значна частина науковців приймає цю критику й прикладне беззаконня та починає досліджувати трудові відносини з «новаторської» точки зору, що передбачає обґрунтування широкого впливу цивільно-правових механізмів на трудове право. А це, насамперед, означає що у сферу регулювання трудових відносин проникає так звана формальна рівність сторін трудового договору. Хоча кожному вченому, знайомому з азами трудового права відомо, що у трудових відносинах в ніякому разі не можна говорити про рівність роботодавця та працівника. Роботодавець є власником засобів виробництва, капіталу, комерційної інформації, а працівник немає нічого іншого, крім своєї робочої сили – здатності до праці. За умов високого рівня безробіття, соціально-економічних злиднів, формальна рівність роботодавця та працівника фактично перетворює першого у хазяїна, а другого – у холопа. Не просто так сто років тому в нашій країні для регулювання трудових відносин був обраний принцип *in favorem*, тобто принципу пріоритету права та інтересів працівника. Цей принцип зараз піддається атаці неоліберальних реформ, що можна побачити у положеннях проекту Трудового кодексу України від 27 грудня 2014 року про нормативні акти роботодавця, технічний контроль за виконанням працівниками трудових обов'язків, звільнення за розголошення комерційної таємниці, призупинення дії трудового договору, строкові трудові договори, широке застосування ненормованого робочого часу, звуження повноважень профспілок і т.п. Для недопущення дослідницької сакралізації подібних антинародних норм наука трудового права повинна бути ортодоксальною з того боку, що її доводи, аргументи, висновки та пропозиції мають засновуватись на переконанні первинності правових інтересів працівника та соціальної справедливості перед економічними важелями.

Ортодоксальність доктрини трудового права впливає також із того, що Конституція України у ст. 3 визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю, а утвердження та забезпечення прав і свобод людини доручається державі. Ніяким зниженням соціальних витрат на працівників не можна пояснювати залучення інвестицій до економіки країни. Жодне піднесення внутрішнього валового продукту не повинне досягатись завдяки економічно найслабкішій верстві населення – працівникам. Держава, на яку покладає Конституція України відповідальність

перед людиною за свою діяльність, в особі своїх представників, обраних народом, має розуміти, що праця і її результати, а також місце та значення працівника в суспільстві є домінантним фактором у житті всіх людей. На жаль, в основі розподілу результатів праці у сучасних умовах господарювання лежить форма власності, на якій засноване підприємство. При цьому саме форма власності є вирішальною при розподілі результатів праці. А ті, хто створив матеріальні блага відсторонені від участі у розподілі результатів своєї праці. Як писав О.І. Процевський, «Основний Закон України закріпив як право на власність, так і право на працю, а також встановив відповідний порядок їх реалізації, що забезпечує захист цих прав від небажаних змін та порушень. Тому у Трудовому кодексі України особливого значення має набути формула первинності праці і вторинності власності, яка буде не тільки визначати соціальний і правовий статус працівника, а й слугувати критерієм для застосування соціальної справедливості при розподілі результатів праці»¹. Отже, ортодоксальність як складова доктрини трудового права, окрім звернення до класичного вчення про пріоритетність інтересів працівників, повинна забезпечити виконання визначальних конституційних засад.

Таким чином, у сучасній ситуації впровадження неоліберальних реформ трудове право не має йти на поступки жодним агентам впливу, жодним економічним аргументам, які вимагають закріплення у трудовому законодавстві гнучких засобів регулювання трудових відносин та форм зайнятості. Трудове право не повинно реакційним шляхом перетворитись на колишнє фабричне законодавство, основна функція якого полягала в ефективному регулюванні відносин із використання найманої праці з мінімальним рівнем соціально-трудова стандартів, повноцінною дисциплінарною владою роботодавця для забезпечення його максимального зиску з експлуатації працівників. Трудовому праву слід поглянути на своє місце у правовій системі країни, зрозуміти, що, не будучи максимально ортодоксальним, воно приречене у кращому випадку обслуговувати інтереси крупного приватного капіталу, а у гіршому разі — зникнути або бути заміненим менеджерськими дослідженнями про управління персоналом та корпоративними кодексами. Ортодоксальність трудового права є неодмінною умовою затвердження підвищення рівня та якості життя українців в якості ідеологічного постулату та практичного базису діяльності держави.

¹ Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: монографія / О.І. Процевський. — Х.: ХНАДУ, 2014. — С. 11.

Владислав Новіцький,
*здобувач відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

РЕФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА В УКРАЇНІ

Відповідно до статті 1 Конституції України, «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава»¹. Соціальна правова держава – це політична організація суспільства, де право пов’язує і підкоряє собі державну владу, де основні права людини та її соціальна безпека складають зміст свободи, заснованої на законах, які приймаються чи змінюються законним шляхом². Основний закон України, відносно статусу та особливого значення судової влади для державно-правового устрою, в статті 124 закріплює такі фундаментальні положення: «Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення»³. На наше глибоке переконання, державу можна віднести до правової, тільки тоді, коли діючі нормативно-правові акти, будуть гарантувати кожному громадянину, захист його законних прав, а судова, виконавча гілка влади, забезпечуватиме реалізацію цих гарантій. Саме з метою впровадження та подальшого утвердження вищенаведених постулатів Верховною Радою України 03 жовтня 2017 року, в межах судової реформи, було прийнято Проект Закону України «Про внесення змін до господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» за № 6232⁴.

Продовжуючи думку для того, щоб краще зрозуміти в яких умовах приймалися зміни процесуального законодавства, потрібно особливу увагу приділити аналізу проектів відповідного закону, які розглядалися народними депутатами. Процес прийняття зазначених змін, достатньо не простий, так на розгляд Верховної Ради, було винесено два проекти законів: Проект Закону України «Про внесення змін до господарського процесуального кодексу Укра-

¹ Конституція України від 28.06.1996 року: офіційний сайт Верховної Ради України. – URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004

² Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: Монографія / Кол. авторів; За ред. Н.М. Оніщенко, О.З. Зайчук. – К.: Юридична думка, 2007. – С. 94.

³ Конституція України від 28.06.1996 року: офіційний сайт Верховної Ради України. – URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁴ Проект Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232 від 03.10. 2017 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6232&skl=9

їни, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», № 6232 від 23.03.2017¹ за ініціативою Президента України Порошенка Петра Олексійовича та Проект Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», № 6232-1 від 10.04.2017² за ініціативою народного депутата України Шкрум Альони Іванівни.

Проект Закону № 6232, було ухвалено Верховною Радою України в першому читанні 20.06.2017 року. Розгляд його в другому читанні парламент почав 07.09.2017 року. За словами Голови Верховної Ради України Парубія Андрія Володимировича, «це найоб'ємніший законопроект в історії українського парламенту»³ і це дійсно так, адже в новій редакції викладено: 1) Господарський процесуальний кодекс; 2) Цивільний процесуальний кодекс; 3) Кодексу адміністративного судочинства України; 4) Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів»; 5) Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із прийняттям Господарського процесуального кодексу, Цивільного процесуального кодексу України». Зокрема зміни було внесено в ряд кодексів, серед яких: 1) Кримінальний процесуальний кодекс України; 2) Кримінальний кодекс України; 3) Кримінально-виконавчий кодекс України; 4) Кодекс України про адміністративні правопорушення; 5) Цивільний кодекс України; 6) Сімейний кодекс України; 7) Кодекс законів про працю, та ще до 19 Законів України, а саме: «Про доступ до судових рішень», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», «Про безоплатну правову допомогу», «Про судовий збір», «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», «Про Конституційний суд України» та інші.

Розгляд законопроекту № 6232, проходив дійсно складно із внесенням не однозначних зауважень, пропозицій, суб'єктами законодавчої ініціативи, їх до слова, було подано майже 4 400. Профільний комітет відхилив 3 759 з них⁴.

¹ Проект Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232 від 03.10.2017 року. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6232&skl=9

² Проект Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232-1 від 10.04.2017 року. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61569

³ Рада ухвалила закон про зміну процесуального законодавства в межах судової реформи від 03.10.2017 року. — URL: <http://gordonua.com/ukr/news/politics/-rada-prijnjala-zakon-pro-zminu-protseualnogo-zakonodavstva-v-ramkah-sudovoji-reformi-210248.html#comments>

⁴ Нові ГПК, ЦПК та КАС ухвалила Верховна Рада від 03.10.2017 року: офіційний сайт Закон s Бізнес. — URL: http://zib.com.ua/ua/130328-novi_gp_k_cp_k_ta_kas_uhvalila_verhovna_rada.html

Відповідно до офіційних відомостей Верховної Ради України, до українського парламенту, було внесено 4 проекти Постанови Про скасування рішення Верховної Ради України від 03.10.2017 року про прийняття в цілому, як закону законопроект про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: 1) № 6232-П; 2) 6232-П 1; 3) 6232-П 2; 4) 6232-П 4, жодна з яких не була прийнята народними депутатами України¹. В основному, аргументація народних депутатів, які подавали відповідні проекти Постанов, зводилась до наступного: 1) порушено вимоги Конституції України та Регламенту Верховної Ради України щодо процедури законодавчої діяльності: процедурні та остаточні рішення щодо законопроекту № 6232 приймалися шляхом так званого «кнопкодавства»; 2) необхідність у скасуванні прийнятого рішення полягає у тому, що було внесено зміни до Кримінального процесуального кодексу, в частині строків досудового розслідування; 3) законопроект № 6232 від 23.03.2017², містить більше 100 статей та 3 кодекси, які викладаються в новій редакції, а тому даний законопроект підлягає в обов'язковому порядку розгляду в третьому читанні.

Характеризуючи прийнятий Проект Закону № 6232 від 23.03.2017³, можна сказати, що «першочерговою зміною, яка знайшла відображення в усіх процесуальних кодексах, є впровадження ефективного захисту прав особи, яка звертається до суду, як превалюючого завдання судочинства»⁴. Крім того, законодавчим актом передбачено такі зміни: 1) повне фіксування технічними засобами судового процесу; 2) ч. 2 ст. 21 Проекту Господарського процесуального кодексу, регламентує питання юрисдикції Вишого суду з питань інтелектуальної власності, який розглядатиме справи щодо прав інтелектуальної власності. В п. 1 Прикінцевих положень передбачено, що відповідні правові норми відносно визначення юрисдикції та права на подання заяви про перегляд судового рішення Вишого суду з питань інтелектуальної власності, вводяться в дію з дня, наступного за днем опублікування Головою Вишого суду з питань інтелектуальної власності у газеті «Голос України» повідомлення про початок роботи Вишого суду з питань інтелектуальної власності⁵. На нашу думку, в даному контексті, потрібно звернути увагу на Указ Президента України від 29.09.2017 року, відповідно до якого, було утворено Вищий суд з питань

¹ <http://rada.gov.ua/>

² Там само.

³ Там само.

⁴ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232 від 03.10.2017 року: офіційний сайт Верховної Ради України. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6232&skl=9

⁵ Проект Господарського процесуального кодексу України від 13.07.2017 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6232&skl=9

інтелектуальної власності¹; 3) відносно права на звернення до суду за захистом, проектами Цивільного процесуального кодексу, Господарського процесуального кодексу, передбачена можливість, за угодою сторін, передати будь-який спір, на розгляд третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу; 4) розширено перелік способів захисту, які застосовуються судом: у спосіб визначений законом або договором; суд відповідно до викладеної в позові вимоги може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону; 5) Проектом Кодексу адміністративного судочинства України, статтею 7, окремо регламентовано питання джерел права, які застосовуються судом²; 6) у цивільних, господарських, адміністративних судах запроваджено Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему; 7) схвалено утворення Єдиного державного реєстру виконавчих документів; 8) вводиться поняття малозначних справ, а Проектом Кодексу адміністративного судочинства України: адміністративна справа незначної складності (малозначна справа); типові адміністративні справи; зразкова адміністративна справа; 9) представництво у суді, як вид правничої допомоги, здійснюється виключно адвокатом; 10) неприпустимість зловживання процесуальними правами; 11) інші учасники процесу: експерт з питань права.

Зважаючи на об'єм законодавчого акту № 6232 від 03.10.2017 року, є значна кількість його положень, які потребують уваги та аналізу.

Підсумовуючи, варто акцентувати увагу на тому, що на сьогоднішній день, триває активний, плідний та не простий процес реформування законодавства в багатьох сферах. На нашу думку, щоб робити певні висновки відносно дієвості або неефективності тих чи інших законодавчих змін, потрібно спершу дати час, для того аби перевірити їх на практиці. В контексті всього вищевикладеного, висловлюємо сподівання на те, що прийняті Верховною Радою України зміни законодавства, в рамках судової реформи, обов'язково виправдають себе, а виявлені недоліки, будуть усунуті в процесі правозастосування.

Наталія Оніщенко,
*зав. відділом теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України,
доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України,
академік НАПрН України*

ГЕНДЕРНІ ВІДНОСИНИ В ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СВІТУ: КОНТЕКСТ СЬОГОДЕННЯ

Розпочинаючи свій виклад, хочу зазначити, що Я. М. Шевченко мала досить широкий діапазон наукових інтересів, широку палітру наукових юридичних

¹ Указ Президента України «Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності» від 29.09.2017 року. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/299/2017>

² Проект Кодексу адміністративного судочинства України від 13.07.2017 року.

проблематик, які завжди ретельно і охоче опрацьовувала. Одним з таких напрямів можна вважати гендерну проблематику взагалі і проблематику, присвячену сім'ї, відносинам у сім'ї, сімейному праву, зокрема. Прикладом може слугувати розділ написаний нею «Сім'я як підстава правового регулювання»¹. При чому, хочу зазначити, що опрацювання гендерної проблематики в зазначеному ракурсі не були поодинокими. З огляду на це, в пам'ять про Я. М. Шевченко декілька фрагментів, пов'язаних з розвитком гендерного права сьогодення.

Арсенал дослідницьких методів, засобів та інструментів правознавства повинен містити системний аналіз правотворчості, правореалізації, правової діяльності в рамках правових відносин, рівня правосвідомості та правової культури, єдності об'єктивного і суб'єктивного права, рівня розвитку юридичної науки і освіти, зокрема в площині забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків.

Якщо ж розглянути для характеристики правових сімей принцип гендерної рівності, то тут можна визначити не стільки особливості, скільки спільності риси та процеси формування різних правових систем, що тільки підтверджують інтеграційні правові процеси сьогодення.

В основу типології правових систем за критерієм забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків покладений політико-правовий аспект функціонування держави. Враховуючи, що забезпечення гендерної рівності є одним із напрямів діяльності соціальної держави, то класифікація країн та аналіз гендерної складової у функціонуванні національних правових систем здійснюється залежно від типу соціальної політики держави. У цьому випадку класичний поділ правових систем на романо-германську та англосаксонську групи є допоміжним, а не основним критерієм класифікації.

Найбільш ранній підхід розділяє соціальні держави та їх правові системи на дві групи, залежно від того, який підхід застосовувався у сфері соціального забезпечення населення: залишковий – коли надаються мінімальні гарантії соціальної допомоги, чи інституціональний – коли забезпечується певний рівень підтримки.

На початку 90-х років XX ст. були запропоновані нові підходи до типології соціальних держав та їх правових систем. Найбільшу популярність здобула запропонована Еспрінг-Андерсоном класифікація правових систем соціальних держав, відповідно: консервативна, ліберальна соціал-демократична. В основу класифікації Еспрінг-Андерсона покладений прямиий зв'язок форми держави, її правової системи та ринку праці. Цей підхід зазнав нищівної критики з боку феміністичних течій, які дорікали його автору за те, що неоплачувана домашня праця жінок фактично не була врахована у даній типології. Даному підходу протиставляється класифікація Льюїс, згідно з якою виділяються три типи

¹ Правові засади формування та розвитку гендерного середовища в Україні. За заг. ред. Н. М. Оніщенко, Н. М. Пархоменко. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2012. – с. 236-244.

держав та їх правових систем: з сильною, перехідною та слабкою моделями матеріального забезпечення сім'ї. За допомогою цих гендерних моделей пояснюється високий, помірний та низький рівень економічної залежності жінок, який визначається їх зайнятістю на ринку праці, а також залежить від розвитку соціальної інфраструктури, зокрема дитячих дошкільних закладів. На сьогодні дедалі більшого визнання здобуває підхід, який фокусує аналіз соціальних держав та їх правових систем на тріаді «держава-ринок-сім'я».

Враховуючи класифікацію Еспрінг-Андерсона з погляду розв'язання гендерних проблем, правові системи світу можуть бути розподілені на: соціал-демократичні, ліберальні та консервативні.

Держави з соціально-демократичним правовим спрямуванням характеризуються гендерною політикою, орієнтованою на рівність, підтримкою зайнятості шляхом розвитку державних соціальних послуг, громадянським суспільством, у якому жіночий рух відіграє незначну роль. Перевагами цього типу є політика, спрямована на рівну оплату й рівні можливості, яка забезпечує солідарність в оплаті праці та загальну гендерно-нейтральну державну політику. Засобами запровадження гендерної політики цього типу є розширення можливостей, співмірна цінність, зміни у розподілі домашньої роботи. Прикладом є скандинавські країни (до речі, заслуговує на окреме вивчення їх досвід щодо реалізації положень програм підтримки чоловіків).

У ліберальних країнах розподіл місць залежить від ринку: держава відіграє мінімальну роль у розширенні можливостей; догляд за дітьми розглядається як приватна справа, що має вирішуватися ринковою пропозицією; діють сильні ліберальні жіночі рухи. У сфері гендеру існує формальна правова рівність між жінками і чоловіками; підтримуються окремі види антидискримінаційної політики, що стимулює рівні можливості. Гендерна політика здійснюється за допомогою антидискримінаційних механізмів, позитивних дій, застосування співмірної цінності. Прикладами країн із ліберальною формою соціальної держави є Велика Британія, США, Канада, Австралія. Так, у Великій Британії діє Закон «Про рівноправність оплати праці» (1970 р.), відповідно до якого працівники можуть вимагати рівної оплати у суді, якщо вони вважають, що робота, яку вони виконують, має рівнозначну цінність з роботою, яку виконує колега іншої статі на тій самій посаді. У політичній сфері Законом «Про гендерну дискримінацію (на виборах)» (2002р.) політичним партіям дозволяється обирати заходи для зниження гендерної нерівності.

Консервативний тип передбачає, що жінки і чоловіки задіяні у різних сферах: чоловіки займаються оплачуваною роботою, а жінки здебільшого домашнім господарством і сім'єю; мінімальними є послуги по догляду за дітьми, відчутним є вплив католицьких соціальних норм і консервативної державної моделі. Позитивною рисою даного типу є підтримка відпусток для догляду за дитиною, тому роль жінки як матері є надійно захищеною. Прикладом країн цього типу є Німеччина, Італія, Франція.

Льюїс і Остнер пропонують дещо по-іншому класифікувати соціальні дер-

жави та їх правові системи з позиції гендерного підходу, виділяючи три групи країн залежно від моделі сім'ї з чоловіком-годувальником. До першого типу належать країни з історично сформованою «сильною» моделлю сім'ї з чоловіком-годувальником. У цих країнах переважає неповна зайнятість жінок, нерозвинена система державних дитячих дошкільних закладів і правова допомога жінкам-матерям. Для цих країн тривалий час була характерна нерівність між жінками і чоловіками, зокрема у соціальному забезпеченні. Функції соціального контролю за здійсненням патріархальних норм виконуються інститутами публічної сфери. Прикладом країн цієї групи є Британія та Ірландія.

Для «перехідного» варіанта соціальної держави та її правової системи з чоловіком-годувальником сім'ї характерною є більша кількість жінок, зайнятих у режимі повного робочого дня, а також більший обсяг соціальних гарантій для жінок. Дотримання патріархальних норм контролюється інститутом сім'ї. Водночас визначаються права жінок на поєднання роботи та материнства. Прикладом країни цього типу є Франція.

До третього типу належать країни зі «слабкою» моделлю чоловіка-годувальника. У цих країнах високий рівень зайнятості жінок на умовах повного робочого дня, індивідуальна система оподаткування і соціального забезпечення, розвинута соціальна інфраструктура. Яскравим прикладом є Швеція.

Теоретична та методологічна основа дослідження проблем гендерної рівності пов'язана з ідеєю взаємозалежності суспільних явищ, принципом історизму й міжгалузевою науковою інтеграцією як визначальними компонентами розвитку людинознавства. Суспільна реальність як процес потребує особливої уваги до виявлення причинно-наслідкових зв'язків залежно від суспільних процесів, які в ній відбуваються.

Одним із завдань права є закріплення соціально корисних тенденцій суспільного розвитку. Саме правове регулювання гендерних процесів необхідне для їх гармонійного становлення, усунення викривлень, які можуть призвести до наведених вище негативних наслідків та відкритого протистояння статей. Право має високу гуманітарну цінність як найвища форма соціальної взаємодії, яку не завжди мають інші соціальні регулятори. Тому його вплив на гендерні відносини має бути охарактеризований як позитивний.

Необхідність правового регулювання гендерних відносин зумовлена також їх фундаментальністю. На сьогодні гендерна проблематика зачепила майже всі сфери самореалізації сучасної людини – бізнесу, економіки, політики, спорту, культури.

Отже, своєчасне, ефективне, науково обґрунтоване правове регулювання гендерних відносин відкриває широкі можливості для соціально справедливого розподілу прав та можливостей у суспільстві між різними статями. У свою чергу, ефективність правового регулювання буде залежати від ряду об'єктивних і суб'єктивних чинників.¹

¹ Христова Г. О. Гендерна рівність. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. – Х.: Право, 2016. – Т. 3: Загальна теорія права / рукоп.: О. В. Петришин (голова) та ін.; Нац.

«ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ» ЯК НАПРЯМ РЕФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОГО ДЕЛІКТНОГО ПРАВА

«Європеїзація» є одним із основних напрямів реформування сучасного українського права взагалі та українського деліктного права зокрема. Під «Європеїзацією» ми розуміємо поступове втілення в українську правову систему основних принципів та підходів, властивих правовим системам країн Європи, втілених у законодавство Європейського союзу та у правові акти Ради Європи. Цей нешвидкий, але невідворотний процес проявляється у кількох напрямках зміни наукової думки та судової практики у справах щодо відшкодування позадоговірної шкоди.

По-перше, у правовій доктрині України спостерігається поступовий відхід від аналізу цивільного правопорушення як підстави деліктної відповідальності. Загальновідома усім деліктологам концепція складу цивільного правопорушення, елементами якого є протиправна поведінка, позадоговірна шкода, причинний зв'язок та вина, протягом тривалого періоду лежала в основі судових рішень у справах про відшкодування шкоди. Однак останнім часом з'явилися роботи, у яких стверджується про недоцільність конструкції «склад цивільного правопорушення» для цивільно-правових деліктів¹. Поняття «склад» означає нерозривну сукупність елементів, складових частин єдиного цілого, відсутність будь-якої з них знищує склад. Аналіз норм цивільного права, судової практики та правової доктрини дозволяють стверджувати, що у цивільному праві немає такої єдності запропонованих елементів складу цивільного правопорушення. Цивільне законодавство знає випадки виникнення деліктного зобов'язання у разі заподіяння шкоди правомірними діями (ч. 4 ст. 1166 ЦК України). У деліктному праві зустрічається багато випадків виникнення деліктного зобов'язання незалежно від вини (статті 1173-1175, 1187, 1209 ЦК України).

Приблизний перелік юридичних фактів, що породжують цивільні прав та обов'язки, міститься у ст. 11 ЦК України. Одним із перерахованих там юридичних фактів є заподіяння майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі. Таким чином, саме заподіяння позадоговірної шкоди потерпілому має визнаватися підставою деліктної відповідальності. Разом з тим, заподіяння

акад. прав. наук України: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. – 2017. – с. 60-65.

¹ Отраднова О.О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – с. 104-106.

шкоди потягне за собою обов'язок делінквента відшкодувати шкоду не завжди, а за наявності ряду умов. Для застосування правила генерального делікту такими умовами будуть протиправність поведінки (або правомірність поведінки, заподіяння шкоди якою прямо передбачається законом), причинний зв'язок, вина. Для спеціальних деліктів допускається відсутність якоїсь із загальних умов (наприклад, вини), а також передбачаються додаткові умови, що залежать від виду спеціального делікту (наприклад, наявність джерела підвищеної небезпеки, заподіяння шкоди посадовою особою органу державної влади тощо).

Також «Європеїзація» деліктного права України проявляється у поступовому відході від поняття вини як суб'єктивної підстави деліктної відповідальності. Класична радянська правова доктрина визначала вину як психічне ставлення правопорушника до своїх протиправних дій та їхніх шкідливих наслідках у формі умислу або необережності¹. Разом з тим, сучасне цивільне законодавство України, також як і судова практика засновані не на психологічній, а на поведінковій концепції вини, що властива деліктному праву Європейських країн. Узагальнено у Європі поведінкова концепція вини відображена у Принципах Європейського деліктного права (PETL) та у DCFR (Draft Common Frame of Reference).

Так, ст. 4:101 PETL визначає, що особа вважається відповідальною за заподіяння шкоди на підставі вини у разі порушення загальноприйнятих норм поведінки навмисно або з необережності. При цьому відповідно до ст. 4:102 PETL загальноприйнятими нормами поведінки є норми поведінки людини у обставинах, що залежать зокрема від природи та значущості права, що захищається законом, від ступеня небезпеки діяльності та належного рівня професійності, що очікується від особи, яка цю діяльність здійснює, від передбачуваності шкоди, ступеня взаємозв'язку або особливого довірчого характеру відносин між всіма учасниками, а також від доступності мір обережності та витрат на їх проведення або альтернативних способів попередження шкоди. У свою чергу DCFR (статті VI-3:101 і VI-3:102) надає визначення не вини у цілому, а умислу та необережності. При цьому шкода вважається заподіяною навмисно, якщо особа, що заподіяла шкоду, діяла або із наміром таку шкоду заподіяти, або діяла передбачаючи, що її поведінка обов'язково або, скоріше за все, матиме як наслідок заподіяння шкоди. Заподіяння шкоди буде необережним, якщо поведінка делінквента не відповідає конкретним стандартам поведінки, що приписується законодавством для захисту особи від заподіяння шкоди, або якщо поведінка делінквента не відповідає стандарту поведінки, що очікується від розумної особи у конкретних обставинах.

«Європеїзація» деліктного права України також впливає на концепцію причинного зв'язку як важливої умови деліктної відповідальності. Сучасне цивільне законодавство України не містить правил визначення причинного

¹ Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1955. – с. 178, 181.

зв'язку у справах про відшкодування позадоговірної шкоди. Лише у Постанові Пленуму Верховного суду України від 27 березня 1992 р. «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» говориться, про наявність безпосереднього причинного зв'язку між поведінкою особи та шкодою.

Разом з тим, лише тільки концепція «безпосереднього причинного зв'язку» є недостатньою для вирішення всіх деліктних спорів. Особливо у випадку заподіяння шкоди кількома діями за наявності множинності деліквентів. У такому випадку суди беруть до уваги рекомендації Принципів Європейського деліктного права, де вельми детально прописані як загальні принципи встановлення причинного зв'язку, так і аналіз причинного зв'язку у різі існування кількох причин кінцевої шкоди.

У країнах Європи (також, як і у деяких країнах загального права) основною доктриною причинного зв'язку є доктрина «*conditio sine qua non*». Загальне розуміння цієї доктрини закріплено у ст. 3:101 PECTL «Будь-які дії або поведінка (у подальшому – діяння) є причиною заподіяння шкоди потерпілому, якщо буде доведено, що якби не було таких діянь, шкода не була би заподіяна». При цьому мова йде про конкретні дії або акти бездіяльності, за відсутності яких не було би заподіяння шкоди. Крім того, PECTL містить рекомендації відносно аналізу рівнозначних причин, альтернативних причин, потенційних причин, невизначеного часткового причинного зв'язку тощо. Українські суди не застосовуються PECTL як нормативний акт (адже Принципи такими і не є), однак враховуються рекомендації, що там містяться, при вирішенні деліктних спорів.

І нарешті «Європеїзація» деліктного права України полягає у застосуванні практики Європейського суду з прав людини як джерела права у справах про відшкодування шкоди. Рішення ЄСПЛ визнаються в Україні джерелом права відповідно до ст. 17 закону України від 23.02.2006 №3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У зв'язку з цим у рішеннях українських судів усіх інстанцій все частіше зустрічаються посилання на практику ЄСПЛ у справах про порушення прав на життя, права на свободу та особисту недоторканість, права власності, при пред'явленні вимог про справедливу компенсацію тощо.

Так, наприклад, в Україні на сьогодні не встановлена законодавча презумпція наявності моральної шкоди у фізичної особи, особисті немайнові або майнові права якої були порушені. Однак суди все частіше беруть до уваги практику Європейського суду з прав людини, яка встановлює, що «середня», така, що «нормально» реагує на протиправну поведінку людина, відчуває страждання (моральну шкоду). У даному контексті цікавою є справа Ромашов проти України (рішення від 27.07.2004 р.), коли ЄСПЛ присудив заявнику компенсацію моральної шкоди у розмірі 3000 Євро, не дивлячись на те, що заявник не надав жодного документа на підтвердження своїх вимог про ком-

пенсацію моральної шкоди. При розгляді справи Суд врахував той факт, що у результаті виявлених порушень заявник отримав моральну шкоду, яка не може бути компенсована лише шляхом констатації судом факту порушення.

Крім того, важливим для деліктних спорів проти держави є рішення ЄСПЛ від 08.11.2005 р. у справі «Кечко проти України», коли Суд не прийняв аргументи Уряду відносно відсутності бюджетних асигнувань, оскільки органи державної влади не можуть посилалися на відсутність коштів як на причину невиконання своїх зобов'язань (див. *mutatis mutandis*, рішення у справі «Бурдов проти Російської Федерації», № 59498/00, пар. 35, ECHR 2002-III) (п. 26)).

Олег Панасюк,

*к.ю.н., доцент кафедри трудового права і права соціального забезпечення
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Київ)*

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

1. Сучасний етап реформування правової системи та її частини – трудового права є надзвичайно складним.

Множинність завдань, напрямків реформування трудового права, поєднана з доволі умовною уявою про мету окремих його етапів, свідчить про відсутність належного методологічного забезпечення. Факт того, що в науці трудового права поставлені питання про «тенденції» та «пріоритети» реформування¹ доводить вказану обставину.

Не можна дорікати автору за намір вказати на важливі речі. Навпаки, слід позитивно оцінити такий намір та розглядати це як оправдане реагування на сучасний стан реформування трудового права та трудового законодавства.

Але, треба відверто сказати про те, що намагання визначати тенденції процесу реформування є свідченням безпідставної довгої тривалості, затягнутого цього процесу, що, по – суті, доводить його малу ефективність.

2. Певним символом реформування трудового права є прийняття нового кодифікованого акту. До законотворчого процесу, який повільно, але безупинно «рухається» до завершального етапу, прикути увага усіх осіб, зацікавлених формуванні сучасного механізму правового регулювання трудових відносин та інших відносин тим чи іншим чином пов'язаним ними.

Професійний інтерес представників науки трудового права до змісту положень Проекту Трудового Кодексу виявляється у різний спосіб. У тому числі не поодинокі приклади використання тексту Проекту як об'єкту аналізу у

¹ Гетьманцева Н. Д. Тенденції та пріоритети реформування трудового законодавства України / Н.Д. Гетьманцева. – Наук. вісн. Чернівецького ун-ту. Вип. 578. Правознавство. – 2011. – С. 65–69.

дисертаційних дослідженнях різного рівня, намагання висунути пропозиції щодо доопрацювання та ін.

Ця небайдужість до положень Проекту є цілком зрозумілою та повинна оцінюватись позитивно за умови послідовної критики, заснованій на потужному методологічному фундаменті.

При цьому, не слід забувати, що затвердженням Проекту Трудового Кодексу реформування трудового права не обмежується. Кодекс це центральна частина одного з феноменів трудового права – трудового законодавства.

Інший феномен трудового права – це його наука (теорія), реформування якої вимагає не меншої уваги.

До об'єктів реформування сьогодні попадають фундаментальні, перевірені часом складові науки трудового права – принципи, конструкції і т. п.

Вказана обставина вимагає відповідної послідовності та ретельності від тих, хто висуває пропозиції щодо змін, відмов або ін. Ані необхідність пошуку новизни, ані потреба в інноваціях та реакції на виклики часу не виправдовують квапливість висновків, беззмістовність пропозицій, а тим паче таких, що «спотворюють» суть трудового права як цивілізаційного досягнення людства.

3. Постановка питання про реформування трудового права в цілому або окремої його складової неминуче актуалізує питання про взаємодію теорії (науки, догми) та законодавства як феноменів одного явища.

У стислому вигляді особливості взаємного впливу вказаних феноменів трудового права ілюструє думка О. О. Башмакова¹, викладена у рецензії на підручник Є. Б. Васьковського. Автор вказав на два типи юриспруденції, які змогли б вплинути на тогочасну правову науку та які відрізняються тим, що є їх основою – «буква кодексу» або «підпорядкуванням теоретичній системі»²

Не вдаючись до штучного роз'єднування, можливість «рушійної» ролі одного із вказаних феноменів трудового права стосовного іншого слід констатувати.

Розвиток трудового права за будь – яким варіантом взаємодії його науки (теорії) та «букви закону» є природним та не є підставою для позитивного або негативного оцінювання.

4. Незалежно від типу юриспруденції непорушна місія науки трудового права полягає у тому, щоб в умовах значної динаміки предмету трудового права, викликаній цим потреби у змінах, у новому змісті правових норм, зберегти те, що робить трудове право трудовим правом, умовно кажучи його «етос» (від *грецьк.* – характер, звичай).

На науку трудового права також покладається «викриття» тих перекручень

¹ Башмаков Олександр Олександрович (1858–1943) – випускник Імператорського Новоросійського університету, відомий правознавець, займався адвокатською діяльністю у м. Одеса, брав участь законодавчій роботі.

² Рецензия Башмакова А. «Е. В. Васковский. Учебник гражданского права. СПб., 1894» Сб. Васковский Е. В. Учебник гражданского права. – М.: «Статут», 2003. – 382 с. – с. 39.

його суті, відхиленя від «етосу», «втягування» до його сфери «неприродньо-трудоправових» елементів та ін., які умовно можна позначити абераціями (від *лат.* – відхилення від істини, хибність).

Причини появи сфери «абераційного трудового права» можуть бути різні: гостра економічна потреба, політична доцільність, соціальний популізм та ін. Їх «руйнуюча сила» щодо системи трудового права посилюється методологічним «плюралізмом», еkleктичністю пропозицій тощо.

5. Одна із проблем реформування трудового права, яка сформувалась на тлі розширеного тлумачення змісту терміну «реформування», полягає у «завишених» очікуваннях від результатів цього процесу.

Існують думки стосовно обґрунтування докорінних змін правового регулювання трудових правових внаслідок реформування трудового права.

Однак, в аспекті тлумачення змісту терміну реформуванням прийнято вважати такі сутнісні зміни, які не руйнують загальну конструкцію явища.

Це означає, що об'єктивна необхідність зміни трудового права в сучасних умовах, потреба набуття їм «нового» змісту не повинна змінювати його суті (соціальне призначення, історичну місію і т. п.).

Для забезпечення вказаного в нагоді стає *методологія трудового права*, основи якої сформовані чинниками правоутворення.

Так, в контексті реформування витоки трудового права описав свого часу Таль Л. С. – цивіліст, якого прийнято вважати одним із засновників трудового права.

Ще до захисту своєї магістерської дисертації, він описав ситуацію у правознавстві того часу, пов'язаний із необхідністю реформування цивільного законодавства¹. Він переконливо описав те, як проходила зміна правових форм найму праці у різних історичних епохах і до чого це призвело вже в середині 19 ст.

Сучасний етап реформування трудового права не виключанням в контексті установок щодо реформування.

Початок сучасного етапу реформування трудового права слід пов'язувати з розробкою *Концепції реформування законодавства України про працю*, яка була затверджена після обговорення на трьохсторонньому семінарі 2002 р.

Істотним методологічним підґрунтям реформування трудового права, його експериментальною частиною слід вважати ґрунтовні компаративіські дослідження.

Наприклад, заслуговує на увагу *Аналitична записка для Уряду України*, підготовлена Світовим Банком². В контексті реформування трудового права

¹ Таль Л.С. Пути и цѣли реформы законодательства о наймѣ труда / Л.С. Таль. – М.: Типо-литография т-ва И.Н. Кушнеревъ и Ко. – 1912. – 29 с.

² «Міжнародний досвід реформування трудового законодавства». Аналітична записка для Уряду України. Квітень 2011 року. – URL: <http://siteresources.worldbank.org/UKRAINE/INUKRAINIANNEXTN/Resources/455680-1310372404373/UkraineLaborCodeReformUkr.pdf>

зміст цього документу заслуговує на ретельний аналіз та потребує системного тлумачення для максимально ефективного застосування інформації про міжнародний досвід.

6. Важливим завданням науки трудового права щодо забезпечення процесу реформування є активізація такого потужного правоутворюючого фактору як *традиції в трудовому праві*. Роль цього чинника переконливо довела історична школа права, яка визначила у якості каталізатора розвитку правової системи абсолютну одиницю – «народний дух», сталий та незмінний. В сучасних умовах це слід розуміти як залежність результатів реформування трудового права від тих процесів, які відбуваються у такій сфері суспільного життя в Україні як сфера світогляду та ціннісних орієнтацій.

Наталія Пархоменко,

*д.ю.н., професор, вчений секретар
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ (ОКРЕМІ АСПЕКТИ)

Не дивлячись на типовість та схожість становлення та розвитку держав на тому чи іншому історичному етапі, кожна з них має свої особливості, лише їй притаманні властивості та ознаки, зумовлені соціально-економічними, політичними чинниками. Більше ніж чверть століття тому Україна проголосила про розбудову незалежної демократичної самостійної держави. Відбувся перехід на якісно новий рівень державотворення і правотворення, який вимагав модернізації існуючого державного ладу. Як відомо, державотворення – це безперервний процес, який в своєму розвитку має різні періоди і перехід на якісно новий рівень та формування у державі новітніх відносин еволюційним шляхом в більшості вимагає реформи державного ладу, в тому числі системи органів державної влади, адміністративно-територіального устрою, правової системи. Всі ці роки були присвячені реформуванню найважливіших суспільних відносин. Зокрема, зміни відбувалися у політичній, економічній, правовій, соціальній сферах, але не торкнулися сутності відносин між громадянами та державою. У підсумку наразі ми маємо знову реформи, знову удосконалення, підвищення, посилення, покращення і т. ін.

Як відомо, основними показниками рівня життя населення є: доходи та витрати населення; заробітна плата; пенсійне забезпечення; індекси споживчих цін; показники бідності. Національний дохід на одну особу в доларах США (купівельна спроможність) у 1990 році становив 10,8 тисячі доларів на рік на одну людину. Нині маємо дуже відчутний провал. Адже за ці роки цей показник не те що не зріс, а навпаки, знизився до 7,4 тисячі. Також, Україна має

найвищий серед усіх країн, які взято для порівняння Програмою розвитку ООН щодо 194 країн світу, індекс інфляції – 181¹. Крім того, ілюстрацією теперішнього етапу розвитку України є такі показники: зовнішній борг України становить понад 3,5 млрд грн.; в країні понад 1 млн 700 тис. офіційно переміжених осіб; закритими наразі є понад тридцять судів, відповідно населення цих місцевостей позбавлене права доступу до правосуддя; в деяких судах на одного суддю приходить понад тисячу справ на рік. Щороку понад сім тисяч лікарів їдуть за межі України на роботу. На 25 % зріс рівень злочинності. Серед злочинів – близько 80 % майнового характеру. При цьому лише 3 % справ завершуються вироками, які передбачають позбавлення волі. Наразі в Європейському суді з прав людини знаходиться понад 18 тис. заяв громадян України щодо порушення їх прав і законних інтересів. При цьому всі національні можливості щодо їх відновлення вичерпано. Це майже 20 % від всіх позовів, які знаходяться на розгляді у ЄСПЛ. Наразі Україна залишається в статусі так званої перехідної держави, яка постійно проводить реформи та періодично змінює стратегічні орієнтири розвитку, а по суті якісно та остаточно не змінює зміст суспільно-політичних відносин, що не дає їм змоги остаточно сформуватись.

Все зазначене зумовлює здійснення сутнісних та змістовних перетворень в галузі економіки, які підвищать конкурентоспроможність України на міжнародній арені та добробут пересічних громадян; підвищення правопорядку в державі; забезпечення реалізації конституційних прав громадян. Одним із основних засобів вирішення зазначених завдань є проведення правової реформи. При цьому слід зазначити, що ефективність реформування багато в чому залежить не лише від об'єктивної потреби, але й наукового обґрунтування. Відповідно наукового опрацювання потребують теоретико-методологічні проблеми визначення сутності та змісту правової реформи.

Зазначена проблематика вже отримала своє дослідження в теорії права. Зокрема, до вивчення цього питання в різні періоди звертались В.Д. Горобець, О.І. Ющик, В.В. Лемак, Б.В. Малишев, В.О. Сердюк, В. Муравійов та інші.

Основні питання дискусії, що розгорнута навколо цієї проблеми є такі: визначення сутності цього процесу, його складових, мети, завдань, принципів проведення, засобів забезпечення, етапів, видів. З огляду на існуючий науковий доробок в цій галузі, можна виокремити декілька підходів. Насамперед, правова реформа розглядається як процес удосконалення законодавства, практики його застосування, підвищення ролі судової влади, підвищення рівня правової культури (В. Горобець). Як зміну встановлених у законах основних засад, принципів і цілей правового регулювання суспільних відносин задля досягнення якісно нового режиму правопорядку, визначає правову реформу

¹ Якість життя в Україні: оцінки експертів. – URL: <https://ukurier.gov.ua/uk/articles/yakist-zhittya-v-ukrayini-ocinki-ekspertiv/>

Б.В. Малишев¹. Із встановленням нового правопорядку пов'язує правову реформу В. Сорокін².

На думку О.І. Ющика, правова реформа передбачає удосконалення управлінської діяльності державного апарату, в результаті чого стверджується новий режим законності³.

Більш широкий підхід продемонстровано у працях В.В. Лемака, на думку якого, правова реформа — це державна політика, спрямована на системні перетворення за допомогою юридичних засобів сутності держави, її основних функцій, правових основ стосунків із суспільством на основі принципів конституціоналізму та правової держави. Об'єктом правової реформи є правова система.⁴ Я. Ленгер також визначає правову реформу як багатомірне і конгломератне поняття⁵.

Кожен із зазначених дослідників, визначаючи сутність і зміст правової реформи, робить акцент на тій чи іншій ознаці цього суспільного явища, яка, на їх переконання, яскравіше її характеризує. Тому, для визначення поняття «правова реформа» насамперед необхідно з'ясувати його ознаки. Предмет правової реформи — це те, що підлягає перетворенню, зміні, удосконаленню і в нашому випадку — це право. З огляду на це, з'ясування ознак і властивостей правової реформи буде залежати від того, який зміст вкладається в поняття права. Як відомо, в теорії права існують різні типи праворозуміння, прибічники яких визначають право як систему законодавства, право як сукупність всіх правових явищ в суспільстві, право як уособлення справедливості або як реалізовані норми права і т. д. Загалом можна виокремити два підходи, згідно яких право — це сукупність норм права і право — це сукупність елементів, які охоплюються поняттям правова система, а саме: система права, система законодавства, правова культура, правова свідомість, правопорядок тощо.

Відповідно змінюється зміст правової реформи, яку в першому випадку можна розглядати як удосконалення чинного законодавства; в другому ж — як систему заходів, спрямованих на перетворення всіх елементів правової системи.

¹ Малишев Б. В. Правова реформа: поняття, ознаки, види / Б. В. Малишев // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2011. — № 3. — С. 19-23. — URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmj_2011_3_5

² Сорокін В.В. Общее учение о государстве и праве переходного периода. — М., 2010. — 424 с.

³ Ющик О. І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні : монографія / О. І. Ющик. — Київ : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1997. — 191 с.

⁴ Лемак В.В. Правова реформа в Чехії і Словаччині в умовах постсоціалістичної модернізації: теоретичні і практичні проблеми: автореф. дис... док. юрид. наук. — Х., 2003. — С. 5.

⁵ Ленгер Я.І. Реформування правової системи як засіб підвищення її ефективності: автореф. дис... канд. юрид. наук. — К, 2007. — 20 с.

Правова реформа як суспільне явище характеризується як діяльність, яка здійснюється уповноваженими органами держави. Відповідно в першому випадку – це парламент та інші органи влади, які мають правотворчі повноваження, а в другому – це сукупність державних та недержавних організацій, які здійснюють вплив або визначають зміст правотворчості та правореалізації. Зазначена діяльність здійснюється в певному, визначеному в правових актах порядку, і передбачає здійснення конкретних послідовних дій.

Метою правової реформи є перетворення сутності існуючої правової системи шляхом зміни та наповнення новою якістю її змісту. В демократичних державах – це встановлення законності і правопорядку, забезпечення верховенства права. Відповідно до поставленої мети проведення правової реформи вимагає вирішення низки завдань, серед яких необхідно виокремити такі: підготовка та прийняття нормативно-правових актів, в яких визначається зміст правової реформи, її основні напрями та механізми впровадження; удосконалення системи публічної влади згідно чинного законодавства; правове забезпечення всіх напрямів діяльності (функцій) держави.

Для реалізації правової реформи важливе значення має дотримання певних принципів – основних засад, як одного із чинників її ефективності. Зокрема, йдеться про: відповідність змісту нормативно-правових актів, які передбачені правовою реформою, загальновизнаним принципам та міжнародним стандартам в галузі прав людини; закріплення верховенства права та верховенства закону як передумови створення режиму законності в державі; забезпечення конституційності системи законодавства та підзаконних нормативно-правових актів, які містять механізм реалізації конституційних положень; доступу до публічної інформації та широкого обговорення; взаємодії з інститутами громадянського суспільства; конституціоналізації всіх елементів правової системи; комплексності та системності перетворень; наукового обґрунтування та супроводження.

Змістовно правова реформа означає «істотну зміну встановлених основоположних засад, принципів, завдань, цілей правового регулювання суспільних відносин»¹, приведення їх у відповідність об'єктивним потребам суспільного розвитку. Насамперед, передбачається внесення змін і доповнень до чинної конституції або розробка і прийняття нової конституції, де і містяться зазначені засади. Як наслідок і продовження реформи – удосконалення конституційного законодавства та звичайних законів. Суттєва зміна змісту чинної системи законів зумовить оновлення системи підзаконних нормативно-правових актів, як приведення їх у відповідність. Останнє є також складовою правової реформи.

Правова реформа залежно від обсягів суспільних відносин (масштабності)

¹ Малишев Б. В. Правова реформа: поняття, ознаки, види / Б.В. Малишев // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 3. – С. 19-23. – URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmj_u_2011_3_5

може здійснюватись шляхом одночасного, комплексного реформування декількох сфер суспільних відносин, як от: парламентська, судова, освітня; або поступово: конституційна, адміністративна (виконавчої влади), парламентська (законодавчої влади), судова, тобто удосконалення організації державної влади. Потім, на цій основі можуть бути проведені медична, освітня, пенсійна та ін. реформи. Дотримання послідовності проведення реформ у підсумку визначає ефективність правової реформи.

Правова реформа має декілька етапів: підготовчий, реалізаційний, моніторинговий. На першому етапі здійснюється концептуально-стратегічне з'ясування сутності майбутньої реформи, в тому числі сфер суспільних відносин, які потребують перетворення; здійснюється розробка і прийняття нормативно-правових актів, які визначають зміст реформи. На другому етапі відбувається реалізація прийнятих нормативно-правових актів суб'єктами, кому вони адресовані. Цей етап має триваючий характер і завершується прийняттям змін до чинного законодавства або нових правових актів, які регулюють відносини, що раніше були об'єктом правової реформи. Третій етап – моніторинговий, відбувається паралельно з другим і їх тривалість, відповідно, збігається. Крім того, проведення моніторингу та отримання інформації щодо досягнення мети реформи визначає потребу проведення наступної правової реформи або її відсутність.

Віда Петрилайте,
*доктор соціальних наук (право), адвокат,
лектор кафедри права юридичного факультету
Вільнюського університету
(Вільнюс, Литва)*

ПИТАННЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В СИСТЕМІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ЛИТВИ

Сьогодні у Литві існують національні норми соціального права та наднаціональні норми, тобто норми Європейського Союзу у соціальній сфері. За таких умов необхідно не тільки їх розмежовувати, але і сприяти їх координації. Йдеться про розмежування сфер правового регулювання національного і наднаціонального законодавства.

Щоб виконати ці два завдання, національні системи соціального захисту пов'язані спеціальними двосторонніми або багатосторонніми угодами. Ці угоди можна прирівняти до міжнародних договорів за міжнародним публічним правом, їх також можна прирівняти до обов'язкових для виконання правових актів, як, наприклад, Регламент Європейського Союзу № 883/2004, який координує національні норми соціального права усіх країн-членів Європейського Союзу.

У договорі про заснування правових актів Європейського Союзу не було затверджено ніяких вимог, пов'язаних з регуляцією соціального захисту. Лише у статті 117 договору було передбачено, що країни-члени Європейського Союзу мають покращувати умови праці, життя своїх громадян та сприяти гармонізації правових положень. Однак у редакції договору про Європейський Союз після Амстердамського договору стаття 137 вже передбачає немалі компетенції в галузі соціальної політики.

Отже, актуальним є питання про визначення положень й принципів європейського права у сфері соціального захисту, їх вплив на національне право Литви, а також деякі аспекти застосування їх соціальному праві Литви.

3.1. Галузь застосування Регламенту 883/2004 в Литві

У Литві було важливо провести чітку межу між соціальною допомогою (*social assistance*) та соціальним захистом (*social security*) (включаючи й професійні системи соціального захисту). Складнощі виникають через те, що свободу держави у встановленні свої системи соціального захисту може переважити те, як суспільство усвідомлює соціальний захист¹. Певні виплати, які згідно з національним правом Литви були б зараховані до соціальної допомоги, згідно з регламентом були б визнані частиною соціального захисту й таким чином до них застосовувалися б відповідні норми *Acquis Communautaire*.

До галузі застосування координації потрапляють виплати, які сплачуються за системою обов'язкового соціального страхування, однак не охоплюються виплати, які визначаються як соціальна або медична допомога. В актах координаційного права не передбачено чіткого визначення соціального страхування й не встановлено ясної різниці між соціальним страхуванням і соціальною допомогою. Закони Литви добре розділяють соціальне страхування й соціальну допомогу (через джерело фінансування), отже, не виникає питань, чи певна виплата належить у Литві до соціального страхування чи до соціальної допомоги.

Аналіз галузі застосування регламенту дуже важливий для структури соціального захисту в Литві, оскільки в Литві можна знайти кілька нетипових соціальних виплат, як, наприклад, державні пенсії (посадових осіб, військових, суддів та науковців, державні пенсії). Щоб установити, чи потрапляють певні соціальні виплати, що надаються в Литві, до галузі застосування Регламенту, треба опиратися на правила та критерії, установлені в самому Регламенті, та на практику Європейського Суду Справедливості. Щоб установити статус кожного виду соціальних виплат, найважливіше оцінити два критерії. Перше – умови призначення конкретної виплати: виплата вважається як така, що потрапляє до галузі застосування, якщо її призначено особі без індивідуальної оцінки її ситуації. Друге, виплата має бути пов'язана з яким-небудь ризиком

¹ Рішення ЄСС у справі C-23/92 (Грана-Новоа) від 2 серпня 1993 р., ECR, 1993, I-4505.

соціального захисту, згаданим у Регламенті. Лише оцінивши ці два критерії, можна вирішити, чи правила координації слід застосовувати для конкретної соціальної виплати.

Слід звернути увагу на спеціальні державні пенсії Литви. Державні пенсії надають спеціальні права певним групам осіб. Система державних пенсій не ґрунтується на внесках та фінансується з державного бюджету. Вони зовсім не пов'язані з оцінкою майнового становища особи. Хоча такі пенсії й не можуть бути зараховані до соціального страхування, однак вони не вважаються й соціальною допомогою, яка не потрапляє до галузі застосування Регламенту 883/2004.

В Литві призначаються такі види державних пенсій:

1. Державні пенсії Литовської Республіки, що призначаються за значні заслуги (пенсії першого й другого ступеня).
2. Державні пенсії особам, які постраждали від політичного переслідування.
3. Державні пенсії державним службовцям і військовим.
4. Державні пенсії науковцям.
5. Державні пенсії суддям.
6. Державні пенсії творчим працівникам.

Державні пенсії особам, які постраждали від політичного переслідування¹ без усякого сумніву не потрапляють до галузі застосування Регламенту через застереження, зроблені в самому Регламенті². Цими виплатами не реалізується намір допомогти особам, які постраждали від соціального ризику, а показується розуміння, соціальна оцінка або відчувається відповідальність держави за заподіяну шкоду³.

Пенсії першого й другого ступеня можуть вважатися пенсіями за заслуги особам, які особливо відзначилися перед Литвою. Пенсії, що призначаються потерпілим особам або жертвам агресії, однозначно не потрапляють до галузі застосування Регламенту, однак пенсії другого ступеня матерям та донорам викликають певні неясності. З одного боку, вони не є достатньо індивідуальні (особливо пенсії донорів). Умови їх отримання пов'язані зі старістю або інвалідністю (ризик, затверджений в Регламенті). За цими критеріями такі державні пенсії могли би бути координовані. З іншого боку, призначення цих пенсій – віддячити за заслуги перед Литвою, а не компенсувати доходи, втрачені цими особами, тому ці пенсії не потрапили до галузі застосування Регламенту.

Уважно слід розцінювати при обговоренні становище державних служ-

¹ Valstybinių pensijų įstatymas Nr. I-730, Valstybės žinios, 1994, Nr. 101-2018.

² 2004 m. balandžio 29 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas 883/2004/EB dėl socialinės apsaugos sistemų koordinavimo. Oficialus leidinys, 2004, L 166-1.

³ Pieters, Danny. *Įvadas į pagrindinius socialinės apsaugos principus*. Vilnius, 1998, p. 17.

бовців та військових¹, науковців, суддів та творчих працівників. Ці особи за Регламентом вважаються державними службовцями², отже, пенсії, що їм призначаються, можуть потрапити до галузі застосування Регламенту. Спеціальні державні пенсії призначаються особам певних професій, надаючи їм додатковий законодавчий захист у випадку похилого віку або непрацездатності. Усі ці спеціальні державні пенсії потрапляють до галузі застосування Регламенту з можливим винятком – державними пенсіями, що призначаються державним службовцям, які мають стаж служби 20 років (у цьому випадку закон не вимагає, щоб з'явився який-небудь соціальний ризик).

Дотримуючись статті 9 Регламенту 883/2004, країни-члени мусять повідомити Європейській Комісії про свої правові акти та схеми соціального захисту, що потрапляють до галузі застосування Регламенту. Від дати такого повідомлення Регламент застосовується до національних схем та виплат. Литва³ у своєму повідомленні вказала такі виплати та правові акти:

- Виплати на випадок хвороби, материнства та батьківства, непрацездатності, старості, вдовства, безробіття, нещасних випадків на роботі й професійних захворювань, смерті, виплати для сім'ї та спеціальні не внескові виплати.

- Закон про хворобу й материнство; Закон про виплату державної допомоги; Закон про страхування; Закон про державні пенсії соціального страхування; Закон про попередню виплату пенсій за віком за державним соціальним страхуванням; Закон про соціальне страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань; Закон про допомогу на випадок смерті; Закон про соціальне страхування від безробіття; Закон про виплату для дітей; Закон про транспортні пільги.

Очевидно, що Литва не має наміру розширювати координаційні положення. Крім того, не включено й виплат, які призначаються посадовим особам у випадку хвороби та материнства/батьківства⁴. Це можна вважати вадою системи соціальних гарантій для специфічних категорій.

¹ Pareigūnų ir karių valstybinių pensijų įstatymas Nr. I-693, Valstybės žinios, 1994, Nr. 99-1958.

² Спеціальна програма для державних службовців – будь-яка система соціального захисту, що відрізняється від загальної системи соціального захисту, застосованої в країні-члені для працюючих осіб, та безпосередньо призначена для державних службовців усіх або деяких категорій. Регламент № 883/2004.

³ Повідомлення Литовської Республіки за Регламентом (ЄС) № 883/2004 ст. 9. – URL: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&intPageId=2285&langId=en> (дата звернення: 15.11.2016 р.).

⁴ В період непрацездатності (хвороби) та під час материнської, батьківської відпустки або відпустки для догляду за дитиною посадовим особам виплачується їх середня заробітна плата (або її відсоткова частина) з коштів установи, яка прийняла їх на роботу. Vidaus tarnybos statuto patvirtinimo įstatymas Nr. IX-1538, Valstybės žinios, 2003, Nr. 42-1927.

3.2. Адміністративні аспекти

Координаційні норми також мають вплив і на адміністрування соціального захисту. Координація систем соціального захисту країн-членів охоплює не лише реалізацію правил координації, але й співпрацю між адміністративними установами країн-членів, адміністративні процедури отримання виплат, коли особа набуває право на виплату в іншій країні-члені, умови компенсації виплат, основи діяльності установ по нагляду, таких як Адміністративна комісія з соціального захисту працівників-мігрантів.

Від початку свого членства Литва реалізувала кілька нововведень та важливих змін у системі соціального захисту.

Будь-який працівник або самозайнята особа, що працює в кількох країнах-членах, які, керуючись положеннями Регламенту 883/2004, вважається суб'єктом права соціального захисту в Литві, мають підрахувати свої внески соціального страхування, сплачувані від усього свого заробітку в усіх країнах Європейського Союзу або Європейського Економічного Простору. Працівник, який працює в іншій країні-члені, мусить зареєструватися як особа, застрахована в Литовській Республіці, та платити внески соціального страхування¹ від своєї заробітної плати. Регламент 883/2004 передбачає можливість працедавцеві домовитися з працівником, що він/вона перейме обов'язок працедавця платити страхові внески. У такому випадку працівник частину зарплати, що її отримує від працедавця, сплачує як страховий внесок, однак відповідальність за вчасно й належно сплачувані внески лишається й працедавцеві². Таким чином у сфері соціального захисту сформувалися нові стосунки між працівником і працедавцем.

Підсумовуючи викладене можна зробити низку висновків:

1. Положення європейського права щодо координації соціального захисту не замінює національних систем соціального захисту однією спільною європейською системою. Суть координації складає не регулювання системи соціального захисту як таке, а сприяння вільному переміщенню людей по Європейському Союзу і тим самим створення спільного європейського ринку.

2. Враховуючи критерії, які формує Регламент № 883/2004 та ЄСС, можна стверджувати, що в Литві державні пенсії особам, які постраждали від політичних репресій, та державні пенсії I і II ступеня не потрапляють до сфери застосування Регламенту. Однак державні пенсії посадовим особам (державним службовцям), суддям і науковцям можна координувати, враховуючи правила цього Регламенту. Крім того, виплати з приводу хвороби та материнства / батьківства посадовим особам мають вважатися такими, що потрапляють до сфери застосування Регламенту.

¹ Vyriausybės nutarimas Dėl Lietuvos Respublikos valstybinio socialinio draudimo fondo biudžeto sudarymo ir vykdymo taisyklių patvirtinimo Nr. 647, Valstybės žinios 2005, Nr. 75-2725.

² Міністерство соціального захисту й праці. Соціальне повідомлення 2005–2006, Вільнюс, 2006. – С. 156.

3. Правила координації також внесли в систему соціального захисту Литви деякі аспекти, пов'язані з тіснішими взаємовідносинами між працівниками й працедавцями. Застосування правил Регламенту може вимагати застосування взаємної та індивідуальної відповідальності працедавця й працівника при сплаті внесків соціального страхування.

4. Директива 98/49 про додаткові пенсії має таке ж призначення, як і Регламент № 883/2004. Однак її втілення в систему соціального захисту Литви інакше. Перше, на відміну від безпосереднього застосування Регламенту, Литва зіткнулася з проблемою, як реалізувати Директиву про запевнення прав на професійні пенсії, коли така система не лише не була застосована на практиці, але не мала юридичної основи. Отже, метою відповідних нових правових актів Литви було не покращення рівня соціального захисту, а формальне перенесення вимог Європейського Союзу до національного права.

5. Враховуючи те, що пенсійна схема соціального страхування охоплює усіх економічно активних громадян, не варто сподіватися, що участь у професійних пенсійних схемах буде значна, принаймні в найближчому майбутньому. Інша причина непопулярності пенсійних фондів – усе ще низький рівень соціального діалогу та мале поширення колективних договорів у Литві. Хоча метою законодавця є також стимулювати працедавців надавати додаткові соціальні гарантії працівникам. Брак діалогу між працедавцями й працівниками також може бути причиною неуспішної практичної реалізації професійних пенсій.

Оксана Пономаренко,

*к.ю.н., доцент кафедри громадянсько-правових дисциплін,
хозяйственного и трудового права*

*Харьковского национального педагогического университета им. Г.С. Сковороды
(Харьков)*

УНИФИКАЦИЯ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СЕМЕЙНЫХ ДОГОВОРОВ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ СОДЕРЖАНИЯ В УСЛОВИЯХ РЕФОРМЫ СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Последняя реформа семейного законодательства, которая была проведена в Украине, коренным образом изменила подход законодателя к регулированию семейных отношений, расширив частно-правовые методы их регулирования и внедрил в механизм семейно-правового регулирования семейные договоры. За время существования семейных договоров в правовой системе Украины активно начало развиваться новое направление в науке – учение о договорном регулировании семейных отношений, они активно начали применяться в практической деятельности. Это позволило поставить перед законодательством и наукой новые цели и задачи, связанные с систематизацией семейных договоров и возможностью унифицировать нормативное их

регулирование. В рамках настоящей работы будут показаны основные направления унификации нормативного регулирования на примере наиболее распространенных в правоприменительной практике семейных договоров — договоров о предоставлении содержания.

Анализ нормативного регулирования отдельных видов договоров о предоставлении содержания даст основание для вывода о том, что они составляют отдельный тип частно-правовых договоров, так как им присущи такие признаки, которые с одной стороны объединяют их в единое целое, с другой — отличают от иных схожих частно-правовых договоров. К таким признакам необходимо отнести особенности субъектного состава, безвозмездность, семейно-социальную направленность, длительность во времени. Это делает необходимым унификацию нормативного их регулирования. Необходимость формирования общих положений договоров о предоставлении содержания обусловлено тем, что правовое регулирование семейных отношений в Украине зиждется на принципе свободы договорного регулирования (ч. 2 ст. 7 СК), а это значит, что субъекты семейных отношений не ограничены в праве на заключение и тех договоров, которые прямо не названы (не урегулированы) в семейном законодательстве. Формулирование и закрепление же общих положений договоров этого типа создаст основу для договорного регулирования алиментных отношений и для тех лиц, которые не названы в семейном законодательстве в качестве их потенциальных сторон. Кроме того, такой подход, безусловно, позволит сэкономить нормативный материал при регулировании отдельных видов договоров этого типа, выведя за скобки общие подходы к правовому регулированию предоставления содержания на основе договора. Такая унификация станет полезной и в вопросе единства понятийного аппарата. Представляется целесообразным нормативное регулирование семейных договоров, к числу которых относятся и договоры о предоставлении содержания, строить по образцу нормативных конструкций договоров, закрепленных в ГК, а именно — формулирование легального понятия договора, закрепление существенных условий, требований к форме, сторонам, перечисление типичных прав и обязанностей и ответственности за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязанностей, указание на особенности оснований расторжения (отказа), изменения и признания недействительными.

По договору о предоставлении содержания одна сторона (лицо, предоставляющее содержание — плательщик алиментов) обязуется безвозмездно, периодически, в течении определенного срока или пожизненно предоставлять содержание (алименты) другой стороне (получателю содержания (алиментов), которую он по закону или соглашению сторон обязан содержать.

Такое определение отражает юридическую характеристику договоров этого типа — консенсуальность, безвозмездность, односторонность.

Законодательно представляется необходимым закрепить одно существенное условие — предмет. Предметом договора о предоставлении содержания

является непосредственно содержание. Для достижения соглашения по этому условию, как правило, стороны должны договориться о форме, размерах и периодах предоставления содержания. Содержание может предоставляться в денежной форме (алименты) или путем передачи вещей (продуктов питания, одежды, медикаментов и т.п.). Однако не зависимо от того, в какой форме будет предоставляться содержание, законодательно следует закрепить требование об обязательном включении в договор денежного эквивалента предоставления содержания за один период, то есть не зависимо от формы предоставления содержания в договоре должен быть оговорен размер содержания в денежной форме. Это облегчит принудительное выполнение договора, в случае невыполнения или ненадлежащего его выполнения плательщиком. Если законом предусмотрен минимальный размер алиментов для отдельных членов семьи, размер содержания не может быть меньше такого минимума. В качестве последствия закрепления размера содержания в сумме ниже минимального размера, предусмотренного законодательством, предлагаю ввести правило о том, что оно будет взыскиваться в минимальном размере, предусмотренном законом. Это эффективней защитит права получателя содержания, чем признание договора недействительным.

Кроме того, необходимо закрепить презумпцию о том, что если иная форма предоставления содержания не предусмотрена договором, содержание предоставляется в денежной форме. Размер предоставления содержания должен определяться за один оговоренный период (месяц, квартал, год). При этом также необходимо закрепить презумпцию о том, что если иное не предусмотрено соглашением сторон, содержание предоставляется ежемесячно.

Таким образом, условие о предмете будет считаться согласованным, если в договоре достигнута договоренность о размере предоставления содержания. При отсутствии договоренности о форме и периоде платежей, содержание должно предоставляться в денежной форме ежемесячно.

Сторонами договора о предоставлении содержания могут быть исключительно физические лица, которые являются членами семьи (бывшими членами семьи) или родственниками. Это обусловлено семейно-правовой природой такого договора. При этом, сторонами договора о предоставлении содержания могут быть как члены семьи и родственники, отношения между которыми урегулированы семейным законодательством, так и такие, семейные отношения которых СК не урегулированы. Безусловно, что для того, чтобы договор о предоставлении содержания не утратил своей семейно-правовой сущности, наличие родства или членства в семье необходимо доказать. При отсутствии таких доказательств нотариус должен отказать в удостоверении такого договора, а заключенный договор будет недействительным.

Кроме того, необходимо закрепить требование о том, что стороной, которая берет на себя обязательство по предоставлению содержания может быть только совершеннолетнее дееспособное лицо.

Требования к форме договора о предоставлении содержания необходимо различать в зависимости от того, заключается ли такой договор во исполнение обязанности по предоставлению содержания, вытекающей из закона или добровольно взятой на себя. В тех случаях, когда договор о предоставлении содержания заключается между лицами, которые относятся к первой очереди плательщиков (получателей) алиментов при наличии обстоятельств, с которыми закон связывает возникновение обязанности (права) предоставлять (получать) содержание такой договор должен быть заключен в письменной форме и нотариально удостоверен.

Кроме того, выполнение обязанности по таким договорам должно быть гарантировано возможностью принудительного взыскания алиментов на основании исполнительной надписи нотариуса.

Договоры о предоставлении содержания между иными лицами должны быть заключены в письменной форме, при несоблюдении которой договор является недействительным. Нотариальное удостоверение по таким договорам осуществляется по требованию сторон, однако, даже в случае нотариального удостоверения, принудительное взыскание алиментов на основании исполнительной надписи нотариуса в этом случае не допускается.

Целесообразно на законодательном уровне закрепить основания для прекращения таких договоров. К основаниям прекращения договоров этого типа необходимо, например, отнести смерть (объявление умершим) любой из сторон договора. Кроме того, договор о предоставлении содержания может быть прекращен в результате отказа совершеннолетнего, дееспособного получателя содержания от него. Справедливым также будет предоставление права на расторжение договора по требованию плательщика содержания в случаях изменения материального положения любой из сторон, утраты трудоспособности плательщиком и т.п.

Таким образом, в рамках осуществляемой правовой реформы, унификация нормативного регулирования отдельных типов семейно-правовых договоров, к числу которых относятся и договоры о предоставлении содержания, представляется целесообразной и перспективной, входящей в первостепенные задачи науки и законотворчества.

Олег Простибоженко,
*адвокат, голова Центру сімейно-правових досліджень,
викладач кафедри галузевих правових наук
Київського університету права НАН України*

«ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПОДРУЖЖЯ ЯК СПІЛЬНОТИ»: ІДЕЯ ТА ПІДХОДИ ДО ЗМІСТОВНОГО НАПОВНЕННЯ

На відміну від національного права для західноєвропейського законодавства і доктрини сімейного права характерним є наявність і чітке роз-

межування різновидів зобов'язань подружжя. Зокрема, поряд із особистими зобов'язаннями, за які кожен з подружжя відповідає самостійно, і їх солідарними зобов'язаннями, сфера застосування яких зазвичай обмежується доволі вузьким колом підстав їх виникнення¹, додатково також існують «зобов'язання подружжя як спільноти» (*анг. «community debt»*).

Насамперед, варто обумовити зміст терміну «майнова спільність подружжя». Під вказаним поняттям мається на увазі спільне майно подружжя (у тих державах, де правовий режим майна подружжя регламентується крізь призму спільної власності) (*анг. «joint ownership»*) або ж подружнє майно, охоплене правилами правового режиму обмеженої майнової спільності (у тих державах, де цей інститут регламентується виключними правилами, тобто спеціальними самостійними правилами, а не нормами про спільну власність) (*анг. «community property»*). Детальніше цьому питанню приділено увагу в окремому дослідженні автора², а для цілей цього дослідження зауважимо, що майнова спільність подружжя розглядається в західноєвропейських державах як своєрідний квазі-суб'єкт, а відтак вживання словосполучень «розрахунки з майновою спільністю» і подібних до них є цілком прийнятним для законодавства і доктрини європейських держав.

Сутність досліджуваного зобов'язання полягає у обтяженні саме майнової спільності подружжя, тобто задоволення такого зобов'язання відбувається обов'язкового за рахунок майнової спільності подружжя. Поряд з цим законодавець також розмежує подружжя за критерієм того, чи був один з них безпосередньою стороною договору, який є підставою виникнення відповідного зобов'язання (далі також – подружжя-боржник). Такий з подружжя завжди несе відповідальність додатково своїм особистим майном, тоді як відповідальність другого з подружжя варіюється в різних державах.

Варто зауважити, що серед законодавців європейських держав відсутня єдність підходу щодо природи відповідальності подружжя-боржника. В одних випадках така відповідальність визнається субсидіарною, тобто кредитор може задовольнити свою вимогу за рахунок особистого майна подружжя-боржника лише у разі недостатності майна, охопленого майновою спільністю подружжя (наприклад, ст. 3.112 ЦК Литви³). Тоді як в законодавстві інших держав таке

¹ Детальніше див.: Простибоженко О. Юридична конструкція «договору в інтересах сім'ї» у майнових правовідносинах подружжя: досвід європейських держав і перспективи гармонізації національного законодавства / О. Простибоженко // Часопис Київського університету права. – 2016. – № 1. – С. 190-195.

² Простибоженко О. Правовий режим майна подружжя за законодавством європейських держав: порівняльно-правовий аналіз і напрямки гармонізації / О. Простибоженко // Вісник Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова. Серія: Правознавство. – 2016. – Т. 21, Вип. 1 (28). – С. 111-129.

³ Civil Code of the Republic of Lithuania adopted 2000-07-18 // Lietuvos Respublikos Seimas. – URL: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=245495

положення відсутнє і тоді кредитор може задовольнити свої вимоги незалежно від належності майна до певної категорії (наприклад, ЦК Іспанії¹).

Більш важливим є питання відповідальності за досліджуваним зобов'язанням того з подружжя, хто не є безпосередньою стороною у ньому (далі також – подружжя-неборжник). Наприклад, ЦК Іспанії не передбачає можливість звернення стягнення на особисте майно такого з подружжя (таке майно має «іміунітет» і стягнення можливе лише у разі волевиявлення подружжя-неборжника)². Подібний підхід передбачений ЦК Люксембургу (ст.ст. 1411, 1413)³.

Натомість законодавство більшості держав, яким відоме досліджуване зобов'язання, зазвичай передбачає відповідальність для подружжя-неборжника. Така відповідальність другого з подружжя завжди має субсидіарний характер та може бути обмежена щодо розміру. Наприклад, згідно зі ст. 190 ЦК Італії відповідальність того з подружжя, хто не є безпосередньою стороною зобов'язання, обмежується половиною відповідного боргу⁴. Тоді як відповідно до ст. 1695 ЦК Португалії кредитор може вимагати повного виконання зобов'язання від будь-якого з подружжя у разі недостатності їх спільного майна⁵. Згідно ж зі ст. 352 ЦК Румунії субсидіарна відповідальність подружжя (мається на увазі обоє з подружжя – *авт.*) за їх зобов'язаннями як спільноти має солідарний характер⁶.

Таким чином, доцільно окреслити такі риси досліджуваного зобов'язання:

- 1) «зобов'язання подружжя як спільноти» не є самостійним різновидом зобов'язання, а радше відображає склад майна, на яке кредитором може бути звернене стягнення у випадку невиконання зобов'язання;
- 2) основна ідея досліджуваного зобов'язання полягає у можливості кредитора звернути стягнення на майно, охоплене майновою спільністю подружжя, без необхідності його поділу між подружжям. При цьому подружжя-неборжник позбавлений можливості заперечувати проти такого звернення

¹ Beilfuss C. G. Property relationship between spouses. National report: Spain / C. G. Beilfuss. – p. 17 // Commission on European Family Law. – URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Property.pdf>

² Ibid.

³ Code Civil en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg a jour au 1er août 2015. – URL: http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/CodeCivil_PageAccueil.pdf

⁴ Il Codice Civile Italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262) // The Cardozo Electronic Law Bulletin. – URL: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm

⁵ Oliveira G., Martins R., Vitor P. Property relationship between spouses. National report: Portugal / G. Oliveira, R. Martins, P. Vitor. – p. 13 // Commission on European Family Law. – URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Property.pdf>

⁶ Noul Cod civil (Legea nr. 287/2009) / Noul Cod civil și Noul Cod de procedure. Legislație consolidată și index 10 iunie 2015. – București: Universul Juridic, 2015.

стягнення, посиляючись на порушення його прав, оскільки обтяження стосується саме такого майна;

3) спільним для європейських держав, яким відоме досліджуване зобов'язання, є можливість виконання такого зобов'язання як за рахунок майна, охопленого майновою спільністю подружжя, так і майна подружжя-боржника. При цьому відповідальність майном подружжя-боржника може бути субсидіарною або ж ні;

4) відповідальність подружжя-неборжника може бути відсутньою (Іспанія, Люксембург), а в тих державах, де вона існує, вона має субсидіарний характер і відрізняється обсягом (може обмежуватися половиною боргу (Італія) або ж дорівнювати всій сумі боргу (Португалія, Румунія)).

Така різноманітність у підходах європейських держав обумовлена відмінними уявленнями конкретного законодавця до пошуку, з однієї сторони, балансу між автономією та солідарністю подружжя, а з іншої – балансу між інтересами подружжя та їх кредиторів.

Узагальнюючи зазначене вище можна говорити про дві моделі «зобов'язання подружжя як спільноти»: перша не передбачає відповідальності подружжя-неборжника, тоді як друга – закріплює її щонайменше у розмірі половини боргу. Друга модель яскраво демонструє практичне втілення ідеї про подружжя як квазісуб'єкта правовідносин, тобто якщо подружжя взяло зобов'язання, яке є боргом спільноти, то кожен з них зобов'язаний задовольнити щонайменше половину боргу або навіть повністю. Бельгійська доктрина сімейного права пояснює такий підхід тим, що майнова спільність подружжя не є юридичною особою та відповідно не може самостійно відповідати за зобов'язаннями, а тому обоє з подружжя повинні гарантувати виконання зобов'язання спільноти своїм майном¹.

Насамкінець кілька зауважень щодо поглядів європейських науковців на вказане питання. Друга модель в сучасній європейській літературі розглядається як надмірний захист інтересів кредитора та надмірна солідарність подружжя на сучасному етапі розвитку суспільних відносин. В європейській науковій спільноті все частіше лунають думки про те, що перша модель найбільш повно відповідає сучасним реаліям сімейних правовідносин².

¹ Pintens W., Seyns S. and other. Property relationship between spouses. National report: Belgium. – p. 18 // Commission on European Family Law. – URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Property.pdf>

² Sumner I., Forder C. Proposed Revision of Matrimonial Property Law, a New Inheritance Law and the First Translation of the Dutch Civil Code, Book 1 (Family Law) into English / I. Sumner, C. Forder // The International Survey of Family Law. – 2004. – pp. 349–352.

О НЕКОТОРЫХ ТЕНДЕНЦИЯХ РАЗВИТИЯ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЧАСТНОПРАВОВЫХ КОНСТРУКЦИЙ

В условиях реформирования законодательства значительный интерес приобретают вопросы межотраслевого взаимодействия отраслей права. Метаморфозы правовых норм и их общностей видоизменяют не только материю самих отраслей права, но и существующие взаимозависимости с иными структурными образованиями. В непрерывной динамике взаимоотношений между отраслями права отражается и подвижность границ более масштабных правовых общностей – частного и публичного права. Либерализация публичного права, появление несвойственных императивному методу частнопровых средств и способов регулирования, а равно «публицизация» частного права, вызванная необходимостью вмешательства государства в экономические и социальные отношения в целях защиты публичных (общественных) интересов, свидетельствуют о масштабных изменениях, происходящих в настоящее время внутри российской системы права, в ходе которого утрачивают значение прежние, но возникают новые межотраслевые связи.

Образующаяся на основе обратной связи между ее элементами, система права является динамичной, соответственно, и все ее элементы, находятся в непрерывном развитии, которое представляет собой сложный процесс, объединяющий в себе два противоположных направления – дифференциацию и интеграцию. Такое движение есть нелинейный, многоуровневый процесс, при котором одна тенденция закономерно сменяет другую, проявляясь во всех компонентах системы права – отраслях, институтах и отдельных нормах права (их группах). Особый (промежуточный) уровень занимает межотраслевая интеграция, которая протекает посредством сближения отраслей права, образования «пограничных» (межотраслевых) институтов, установлении, упрочнении и увеличении количества системно-структурных связей между смежными отраслями. Основой такого сближения выступают генетические связи¹, а по мере развития интеграционных процессов, между смежными отраслями права формируются и устанавливаются связи функционального типа, являющиеся предпосылкой для заимствования отдельных юридических конструкций, способов и приемов правового регулирования. Внешней формой выражения ме-

¹ См. об этом: Алексеев С.С. Структура советского права. М., Юрид. лит., 1975. С. 219-220; Черданцев А.Ф. Системообразующие связи права // Советское государство и право. М.: Наука, 1974, № 8. С. 11-12.

жотраслевого взаємодія виступають процеси установлення і використання єдиної термінології, можливості субсидіарного застосування норм сусідніх галузей права, заїмування юридических конструкцій, а також появи «пограничних» інститутів.

Не обоїли указанні процеси і право соціального забезпечення. Оно тесно контактує з конституційним, фінансовим, адміністративним правом. Наличєують міжгалузєві зв'язи і з громадянським правом. Розвиток останніх викликає особу тривожність в зв'язі з тим, що неконтрольованість їх установлення обумовлена не тільки «внутрішніми» галузєвими потребами, но і «зовнішніми» факторами – оптимізацією витрат на соціальну сферу посередством возложення виконання соціальних обов'язків на недержавний сектор, і, як наслідок, заїмування юридических конструкцій, маючих частноправову природу.

Рецепірування нормативних образів (юридических конструкцій), маючих іншу правову природу, є один із шляхів розвитку галузі, обогачаючий правову інструментарію галузевого законодавства. Так, поява договірних конструкцій в публічних галузях права, в том числі і в праві соціального забезпечення, не випадковий, а закономірна тенденція, викликана «демократизацією» публічного права¹. Вступлення в дію «оновленого» Федерального закону № 442-ФЗ «Об основах соціального обслуговування громадян в Російській Федерації»², привнесло в дану сферу елементів ринкового механізму³, а значить – способів і методів регулювання суспільних відносин, маючих цивілістическу природу.

Соціальне забезпечення – спроможний до змін і адаптації до економічних реалій сектор суспільного життя. Представителями державної влади неодноразово озвучувалась кінцева мета трансформації названої сфери: забезпечення ефективності соціальної політики держави. Однак за межами державних звітів залишається механізм виконання такої діяльності, не розкривається за рахунок чого і при допомозі яких інструментів будуть вирішуватись ці завдання. Переорієнтація соціальної діяльності держави до екстенсивного шляху розвитку до інтенсивного в умовах максимальної оптимізації економічних можливостей пояснює посилюючийся нахил до раціонального і економічного використання ресурсів, тісної ув'язки масштабів і змісту діяльності держави в соціальній сфері з економічними можливостями. В наші часи відбувається поступова переорієнтація системи соціального

¹ Кашанина Т.В. Частное право. Учебник М.: Эксмо, 2009. С. 429-430.

² Федеральный закон от 28 декабря 2013 года № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 52 (часть I). Ст. 7007.

³ См. об этом: Пузырёва А.А., Седельникова М.Г., Трутаева А.В. Проблемы формирования рынка социальных услуг: потребности и перспективы // Вестник ОмГУ. Серия. Право. 2015. №4 (45). С.130-136.

обеспечения – усиление адресного подхода, уменьшение универсальности социальных программ, стимулирование малоимущих граждан и их семей к активным действиям, поискам самостоятельного пути вывода из трудной жизненной ситуации. Частным направлением «оптимизации» системы социального обеспечения можно считать преобразование роли государства в названной среде. Будучи монополистом в прежние времена, оно одновременно выступало и в роли «производителя», и «поставщика» социальных благ в образовательной сфере, здравоохранении, социальном обеспечении. В XXI веке роль государства как ведущего актора в социальном обеспечении трансформируется в связи с «разделением» функций «производителя» и «продавца» социальных благ, при которой оно выступает в роли «заказчика» социальных благ, а их «поставщиком» может быть и негосударственный сектор. Развитие в этом направлении привело к производству социальных благ на квазирыночной основе.

Обращение российского законодателя к использованию таких механизмов соответствует общей тенденции развития социальной политики развитых государств. Например, по некоторым экспертным оценкам, уже в 2005 году в США более 50 % социальных услуг были предоставлены негосударственными поставщиками через систему контрактов, заключаемых с государством¹. Наибольшее распространение квазирыночные структуры достигли в национальной системе здравоохранения в Великобритании². Разделение функций «продавца» и «производителя» имеет место и в социальной сферы Швеции³.

Однако не стоит преувеличивать роль и значение масштабов рыночно-ориентированных мер, абсолютизировать роль государства или противопоставлять его деятельности негосударственного сектора. Ограничение экономической эффективности социальной сферы выступают в роли естественных пределов распространения влияния частного сектора. Современное состояние системы социального обеспечения характеризуется сокращением масштабов государственного участия, но не до состояния, способного изменить его роль как ведущего участника таких отношений. Частный сектор может иметь вспомогательное значение, но никогда не станет сколь-нибудь значимым конкурентом государства в названной сфере.

Усиление частноправовых начал посредством активного использования мер стимулирующего характера, расширения договорных начал, усилении имущественной ответственности, и в целом, более широкое использование

¹ Бурджалов Ф. Экономическая роль социальной деятельности государства. М. ИМЭМО РАН, 2009. С. 241.

² Экономика общественного сектора : учебник для академического бакалавриата / под ред. Л. И. Якобсона, М. Г. Колосницыной. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Издательство Юрайт, 2017. С. 378.

³ Bergman S.-E. Swedish models of health care reform // The international Journal of Health Planning and Management, April-June 1998. p.7.

елементов, присущих диспозитивному методу правового регулювання, можуть мати визначений соціальний і економічний ефект. Юридическа наука не способна развернуть этот тренд, но в ее силах позаботиться о защите прав граждан в условиях экспансии частного права.

Алла Радзівілл,
*здобувач Київського університету права НАН України,
помічник судді Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
(м. Київ)*

ВПРОВАДЖЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНЦЕПЦІЇ ЗАБОРОНИ НЕНАЛЕЖНОГО ПОВОДЖЕННЯ З ЛЮДИНОЮ У ВНУТРІШНЄ ПРАВО УКРАЇНИ. ЗАБОРОНА КАТУВАНЬ

Конституція України закріплює, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3). Основним Законом також визначено, що кожен має право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню (ст. 28)¹.

Світове співтовариство веде активну боротьбу з катуванням. На рівні ООН, ЄС, а також на міждержавному і недержавних рівнях створено організації, товариства, асоціації, що займаються на міжнародному, міждержавному і національному рівнях моніторингом стану охорони прав і свобод людини, захистом від катувань та інших жорстоких видів поводження і покарання.²

Імплементативний процес впровадження європейської концепції заборони неналежного поводження з людиною у внутрішнє право України триває вже протягом багатьох років.

Загальні питання, що стосуються злочинів проти особи, до яких належить і катування, розроблені у працях М.І. Бажанова, О.Ф. Бантишева, В.І. Борисова, В.В. Голіни, Б.О. Кістяківського, О.Ф. Кістяківського, В.В. Коваленка, В.Н. Куца, Л.В. Левицької, О.А. Мартиненка, В.Т. Маляренка, В.К. Матвійчука, А.А. Музики, В.О. Навроцького, О.С. Новакова, В.П. Петкова, В.М. Поповича, А.В. Савченка, В.В. Сташиса, В.О. Шамрая, Л.М. Шестопаолової та ін. Окремі аспекти теми висвітлювались у працях А. П. Буценка і А. Павличенка. Вивчення кримінально-правових та кримінологічних проблем, пов'язаних з боротьбою із досліджуваним видом злочинів, є актуальним.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради, 1996. – №30. – ст. 141.

² Катеринчук К.В. Катування – завуальована проблема суспільства // Держава і право : Збірник наукових праць [Юридичні і політичні науки : Спецвипуск] / К.В. Катеринчук. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. – С. 173–176.

Нажаль, і катування, й інші форми поганого поводження досить поширені під час розслідування злочинів. В Україні до цього часу не вистачає адекватного розуміння проблеми попередження катувань та превентивного підходу до розв'язання цієї проблеми. Не можна заперечувати, що з боку держави здійснюються певні кроки, спрямовані на посилення гарантій осіб, які ризикують зазнати поганого поводження. Але без комплексного підходу ці заходи нерідко не дають очікуваного ефекту.¹

Європейський суд з прав людини давно розглядає захист від катувань та поганого поводження як комплекс позитивних зобов'язань держави вдатися до певних кроків для усунення ризику застосування поганого поводження. Серед цих зобов'язань – забезпечення гарантій від свавільного позбавлення волі, забезпечення фундаментальних прав затриманим, створення умов для безперешкодного доступу будь-якого затриманого до незалежного органу, який здатен розглянути його скарги, запобігання безкарності тощо.

Для забезпечення реалізації наведених положень у нашій країні встановлено кримінальну відповідальність за катування (ст. 127 КК України)². Проте заборона катувань обумовлює необхідність боротьби з ними не лише формальним прийняттям відповідних нормативних актів, але і реальним притягненням правопорушників до відповідальності. Покарання винних залежить від ефективної діяльності правоохоронних органів щодо виявлення та розслідування зазначених кримінальних правопорушень.

Боротьба з указаним видом злочинів є досить складним напрямком діяльності правоохоронних органів, що обумовлюється кількома чинниками. А саме: виявлення злочинів ускладнюється їх латентністю, оскільки катування нерідко вчиняють працівники правоохоронних органів і досить кваліфіковано приховують такі факти. Крім того, розслідування катувань може супроводжуватися значною протидією з боку корумпованих службових осіб.

До того ж, жертви катувань, вчинених близькими особами, часто замовчують чи перекручують обставини злочину через родинні стосунки та з інших причин. Вищевказане викликає неабияке занепокоєння, зважаючи на збільшення кількості заяв та повідомлень про жорстоке поводження та нелюдське насилля над особою³.

Із вивчених судових рішень з Єдиного державного реєстру судових рішень, переважна більшість справ свідчать, що винні, не звертаючись до правоохоронних органів, самі проводять власні розслідування і катують потерпілих з

¹ А.П. Бушенко, М.М. Мінаєв, М.Ф. Романов Проти катувань. Українське законодавство та практика в світлі стандартів КПК. / Харківська правозахисна група; Харків: Права людини, 2007. – 256 с.

² Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року // Офіційний Вісник України, 2001. – № 21. – ст. 920.

³ Озар В.Г. «Методика розслідування катувань» // Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук // Харків, 2016.

метою відшкодування шкоди, повернення викраденого, повідомлення про місцезнаходження осіб, що вчинили злочини чи не звертаючись до суду за захистом своїх цивільних прав таким чином вимагають виконання цивільних зобов'язань¹.

Для ефективного медичного документування катування Міністерство охорони здоров'я (МОЗ) України у 2017 році розпочало роботу над медичним стандартом «Медичне документування катування чи нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання». Про це йдеться у повідомленні, розміщеному на офіційному сайті Міністерства. Моніторингова місія Організації Об'єднаних Націй (ООН) з прав людини, що тривала в Україні з 16 лютого до 15 травня 2017 р., засвідчила, що в країні продовжується систематичне застосування тортур і жорстокого поводження. Зокрема, для отримання зізнань з боку правоохоронних органів до затриманих у справах, пов'язаних із конфліктом.

Потурання катуванню та іншому жорстокому поводженню – грубе порушення медичної етики. Факти катування не повинні замовчуватися. Саме медичні працівники – перші, до кого звертаються по допомогу жертви. Лікарям необхідно вміти оцінити стан жертви катування та знати, як правильно зафіксувати зміни в фізичному та психічному стані потерпілого. Судово-медичні та судово-психіатричні експерти як лікарі з особливими знаннями та особливою роллю в здійсненні правосуддя, є саме тими фахівцями, від кого залежить, чи отримає суд належні докази катування, чи ні.

Зважаючи на те, що міжнародне співтовариство суворо засуджує будь-які порушення прав та основних свобод людини, у тому числі застосування катування, ухваливши низку відповідних актів, Україна ратифікувала майже всі міжнародно-правові документи, в яких викладені принципи захисту прав та основних свобод людини, її захисту від нелюдського, жорстокого поводження і катування, відобразивши ці принципи в Конституції України, яка проголосила людину, її життя, честь та гідність, недоторканність і безпеку як найвищу соціальну цінність.

Олег Радченко,

*аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПЕНСІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ З ЧИСЛА ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ (УЧАСНИКІВ АТО)

Пенсійне забезпечення військовослужбовців – це один із основних і найбільш стабільних елементів соціального забезпечення осіб, що проходили

¹ Часопис Академії адвокатури України – №13 (4'2011) Д.Г. Михайленко, 2011.

військову службу та членів їх сімей. Воно являє собою сукупність відносин з виплати державою, в особі уповноважених нею суб'єктів, пенсій з метою виконання своїх зобов'язань перед тими громадянами, у яких право на пенсію виникло в результаті проходження військової служби; заподіяння шкоди їх здоров'ю при виконанні обов'язків щодо захисту Вітчизни; відсутності інших засобів до існування в разі втрати працездатності¹.

Так, на думку окремих українських науковців, пенсійне забезпечення військовослужбовців є свого роду подякою цим людям за чесно виконану роботу щодо забезпечення її безпеки, з іншого боку, вселяє впевненість у діючих співробітників-військовослужбовців у тому, що вони не будуть покинуті державою напризволяще при настанні ушкодження їх здоров'я при виконанні ними обов'язків військової служби, або при набутті права на пенсію², адже основне призначення та завдання пенсій – забезпечити матеріальну підтримку громадян у випадках настання соціальних ризиків, передбачених у законодавстві.

Уже понад три роки триває війна на сході України. Величезна кількість військовослужбовців зазнала поранень під час виконання бойових завдань у зоні антитерористичної операції. В багатьох випадках характер поранень є таким, що не дає змоги знову повернутися до служби і далі продовжувати виконувати свій військовий обов'язок. В такому разі військовослужбовці мають право на пенсію по інвалідності внаслідок травми, поранення, контузії, каліцтва, яке виникло в період участі особи в антитерористичній операції. Про інвалідність мова йде тоді, коли розлади функцій організму внаслідок анатомічного дефекту чи хвороби тягнуть за собою соціальні наслідки – припинення нормальної життєдіяльності людини. Тобто, якщо особа поранена, травмована чи покалічена під час служби, то їй відповідно повинна бути встановлена група інвалідності (I, II чи III група), від якої залежатиме розмір пенсії.

Також така особа має право отримати статус «Інвалід війни». Для цього їй необхідно після отримання поранення, контузії, травми, захворювання здійснити лікування у військовому госпіталі або іншому закладі охорони здоров'я, де їй зобов'язані надати виписний епікриз та скерування на військово-лікарську комісію. Саме військово-лікарська комісія встановлює причинний зв'язок поранення, контузії, травми, захворювання з виконанням обов'язків військової служби. Лише потім медико-соціальна експертна комісія видає довідку про групу та причину інвалідності, яка є підставою для звернення до

¹ Проблеми правового регулювання соціального обеспечення воєннослужащих: монографія / Н. В. Антипьева. – Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2009. – С.283.

² Вітик І. Р. Окремі аспекти пенсійного забезпечення військовослужбовців Служби безпеки України / І. Р. Вітик // Теоретичні та практичні проблеми реалізації прав людини у сфері праці та соціального забезпечення: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників II Міжнародної науково-практичної конференції; м. Харків, 8-9 жовтня 2010 року / За ред. к.ю.н., доц. В.В. Жернакова. – Харків: Кроссрод, 2010. – С.469.

управління соціального захисту населення за місцем реєстрації з відповідними документами для встановлення статусу «Інвалід війни» та видачі відповідного посвідчення.

Така непроста і доволі тривала процедура передбачена Порядком надання статусу інваліда війни особам, які отримали інвалідність внаслідок поранення, контузії або каліцтва, одержаних під час безпосередньої участі в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення¹.

Окрім встановленої групи, розмір пенсії залежить від причини інвалідності. Залежно від причини інвалідності інваліди з числа військовослужбовців поділяються на два види: інваліди війни та інші інваліди. До інвалідів війни належать військовослужбовці, інвалідність яких настала під час захисту Батьківщини, виконання обов'язків пов'язаних з перебуванням на фронті, в районі воєнних дій в період проведення антитерористичної операції, а до категорії інших інвалідів належать військовослужбовці – інвалідність яких настала внаслідок нещасного випадку, не пов'язаного з виконанням військового обов'язку, або внаслідок захворювання, пов'язаного з проходженням служби.

Отож, інвалідам війни розмір пенсії встановлюється залежно від сум їхнього грошового забезпечення в таких відсоткових пропорціях: I група інвалідності – 100 %, II група інвалідності – 80%, III група інвалідності – 60%, а усім іншим інвалідам I групи – 70%, II групи – 60%, III групи – 40% відповідних сум грошового забезпечення².

Варто зазначити, що на відміну від загальних умов пенсійного забезпечення по інвалідності, страховий стаж, що відповідає певному віку особи-інваліда не враховується при нарахуванні такої пенсії, хоча їй притаманні майже всі загальні риси, характерні для інших видів пенсій, зокрема вона призначається на тривалий час або ж безстроково особі, яка втратила працездатність, виплачується щомісячно у грошовій формі, залежить від заробітку інваліда.

Умовами призначення цієї пенсії є: а) інвалідність настала в період проходження служби в зоні антитерористичної операції або не пізніше трьох місяців після звільнення зі служби; б) інвалідність настала пізніше тримісячного терміну після звільнення зі служби, але внаслідок захворювання (травми, контузії, каліцтва тощо), яке виникло в період проходження військової служби чи під час перебування в полоні або заручником, якщо полонення або захоплення заручником не було добровільним і військовослужбовець, перебуваючи в полоні або заручником, не вчинив злочину проти миру і людства.

¹ Про затвердження Порядку надання статусу інваліда війни особам, які отримали інвалідність внаслідок поранення, контузії або каліцтва, одержаних під час безпосередньої участі в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення: Постанова Кабінету Міністрів України від 08 вересня 2015 року № 685 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 74 – Ст.53.

² Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб: Закон України від 09 квітня 1992 року № 2262-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 29 – С. 399.

Таким чином пенсію по інвалідності військовослужбовців, які брали безпосередню участь в антитерористичній операції доцільно визначити одним із видів їх соціального захисту, який полягає у щомісячній грошовій виплаті, призначуваній в разі встановлення медичним органом однієї з трьох груп інвалідності, які тягнуть повну або часткову втрату працездатності внаслідок травми, поранення, контузії, каліцтва під час виконання військового обов'язку, професійного чи загального захворювання чи з інших причин визначених законодавством.

Олена Рим,

*к.ю.н., доцент кафедри соціального права
юридичного факультету*

*Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів)*

СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

Процес реформування вітчизняного законодавства, що упродовж останніх років значно активізувався, характеризується розробкою та ухваленням законодавчих актів з питань, котрі раніше не знаходили свого юридичного вирішення в Україні. До таких питань належить добре знана за кордоном медіація. Хоч медіаційні технології в Україні практикують ще з середини 90-х років, та досі правового забезпечення медіація не отримала. Винятком може бути законодавчо врегульована третейська процедура вирішення спорів, а також вирішення колективних трудових спорів за допомогою примирних процедур.

Доцільність запровадження медіації при вирішенні спорів у своїх працях обґрунтовували чимало науковців. Серед них Бурак В.Я.¹, Дараганова Н.В.²,

¹ Бурак В.Я. В Україні вкотре хочуть узаконити медіацію. – URL: <http://izvestia.kiev.ua/blog/show/83950>

² Дараганова Н.В. Питання застосування в Україні медіації як альтернативного способу вирішення індивідуальних трудових спорів. – URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vaau_2012_3_34.pdf; Дараганова Н.В. Медіація як один з альтернативних способів вирішення індивідуальних трудових спорів. – URL: https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi3_quvgKDPAhVBEswKHT9RASMqFggsMAI&url=http%3A%2F%2Firbis-nbuv.gov.ua%2Fcgi-bin%2Firbis_nbuv%2Fcgiirbis_64.exe%3FC21COM%3D2%26I21DBN%3DUJRN%26P21DBN%3DUJRN%26IMAGE_FILE_DOWNLOAD%3D1%26Image_file_name%3DPDF%2Fjnn_2011_6_10.pdf&usq=AFQjCNGHtJVCFGkHFPoSYG_imxdvx9tfJA&sig=2=6UArbqXOejMAGrXilv14wQ

Залар А.¹, Балух В.С.², Козирева В.П. та Гаврилішин А.П.³, Спектор О.⁴ та інші.

Створити законодавче підґрунтя для успішного розвитку медіації в Україні спробували дві групи народних депутатів. Майже одночасно весною 2015 року, народні обранці зареєстрували у Верховній Раді України законопроекти «Про медіацію»⁵. Обидва законопроекти були відхилені та зняті з розгляду вже восени 2015 року.

Попри не зовсім вдалий початок, ті ж самі автори, ніби змагаючись між собою, повторно подають до Верховної Ради України проекти закону «Про медіацію»⁶. Тож станом на тепер у Парламенті зареєстровано та успішно обговорено у профільних комітетах два проекти щодо одного і того ж питання.

В пояснювальній записці до проекту закону «Про медіацію» № 3665⁷, його розробники, в обґрунтування необхідності ухвалення законопроекту наводять низку аргументів. А саме, запровадження в Україні інституту медіації є одним із заходів децентралізації державної влади, який надасть громадянам реальну можливість обирати інші не судові засоби для вирішення їх спорів при збереженні судової системи як основного механізму вирішення спорів в суспільстві. Прогнозується, що медіація сприятиме зниженню рівня бюджетного споживання судової системи через зменшення навантаження на суди в цілому. Крім цього, через використання медіаційних процедур при вирішенні спорів можна буде застосувати інноваційні технології переговорів, які націлені на прийняття

¹ Алеш Залар. Кампанія з інформування громадськості про медіацію в Україні / Алеш Залар // Відновне правосуддя в Україні. — 2008. — № 4. — С. 52-53.

² Балух В.С. Альтернативні способи вирішення індивідуальних трудових спорів. — URL: http://www.pravoususpilstvo.org.ua/archive/2013/4_2013/08.pdf

³ Козирева В. П., Гаврилішин А. П. Медіація як альтернативний спосіб вирішення господарських спорів. — URL: http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/soc_gum/misb/2011_1-2/Kozyreva_Gavrilishyn.pdf

⁴ Спектор О. До питання запозичення досвіду зарубіжних країн щодо комбінованих альтернативних способів вирішення спорів. — URL: http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/Uchmp/2012_1-2/19_SOM.pdf

⁵ Проект Закону «Про медіацію» (реєстр. № 2480 від 27 березня 2015 року), поданий народними депутатами України Шкрум А.І., Пташник В.Ю. та іншими народними депутатами України, а також проект Закону «Про медіацію» (реєстр. № 2480-1 від 9 квітня 2015 року), поданий народними депутатами України Ківаловим С.В., Розвадовським В.Й. та іншими народними депутатами України.

⁶ Проект Закону про медіацію (реєстр. № 3665 від 17 грудня 2015 року), поданий народними депутатами України Шкрум А.І., Пташник В.Ю. та іншими народними депутатами України, а також проект Закону про медіацію (реєстр. № 3665-1 від 29 грудня 2015 року), поданий народним депутатом України Ківаловим С.В., Різниця у датах реєстрації проектів закону «Про медіацію» становить 12 календарних днів.

⁷ Проект закону «Про медіацію» №3665 Головним науково-експертним управлінням Верхової Ради України було рекомендовано взяти за основу як такий, що більш детально пропонує врегулювати відносини щодо медіації з врахуванням пропозицій альтернативного проекту (проект за № 3665 — 1 від 29.12.2015 р.). — URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57463&pf35401=381817>

креативних рішень сторонами, і не концентруються тільки на їх правових та інших позиціях. Безумовно, це сприятиме максимальному задоволенню реальних інтересів та потреб всіх сторін спору¹.

Наведені переконання є мотивованими та слухними, а ідея впровадження та розвитку медіації як альтернативного способу вирішення спорів має бути підтримана Парламентом.

Разом з тим, аналіз проекту закону «Про медіацію» № 3665 засвідчив, що його окремі положення потребують удосконалення з метою усунення наявних недоліків та прогалин. Насамперед потребує більш чіткого закріплення суб'єктний склад медіації. Стаття 2 проекту Закону пропонує визначення медіатора, сторін медіації, учасників медіації, організацій, що забезпечують проведення медіації, та організацій, що проводять навчання медіаторів. Найбільш дискусійним є статус та повноваження організацій, що забезпечують проведення медіації. Такими, зокрема, пропонується вважати фізичних та юридичних осіб будь-якої форми власності та організаційно-правової форми, які займаються організаційно-технічною підготовкою проведення процедури медіації. Наведене формулювання дивує визначенням організації через фізичну особу. Та це не все. Наступний аналіз проекту закону свідчить, що організаційно-технічна підготовка медіації, яка покладена на відповідні організації, охоплює собою матеріально-технічне та організаційне забезпечення процедури медіації. Таким чином, маємо чітку диференціацію на тих, хто безпосередньо проводить медіацію, і тих, хто її забезпечує. Водночас, повноваження організацій, що забезпечують проведення медіації, котрі розпорозені по тексті законопроекту, демонструють значимість та важливість цього суб'єкта медіації. Зокрема, відповідні організації уповноважені вести реєстри медіаторів з метою надання можливості споживачам послуг медіації обирати медіатора для конкретної справи і забезпечують доступ населення до цих реєстрів; висувати додаткові вимоги щодо досвіду роботи в певній сфері, спеціальної освіти, тощо для внесення медіаторів в реєстр медіаторів; контролювати дотримання медіаторами вимог кодексу етики медіатора та правил проведення медіації; перевіряти рівень спеціальної підготовки медіаторів, яких вони включають в свій реєстр медіаторів; забезпечувати відповідність спеціалізації медіатора обставинам конкретної справи, до якої залучається цей медіатор; розробляти правила проведення медіації, котрі розміщують на своїх сайтах; розглядати скарги сторін медіації на незаконні дії або бездіяльність медіатора, та, за результатами розгляду таких скарг, приймати рішення про виключення медіатора з реєстру медіаторів або про виключення його із складу членів організації.

Наведені вище численні повноваження організацій, що забезпечують проведення медіації, дозволяють ствердити, що на ці організації покладається

¹ Пояснювальна записка до проекту закону «Про медіацію» № 3665. – URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57463&pf35401=369788>

обов'язок нормотворення у сфері медіації, і водночас обов'язок нагляду та контролю за діяльністю медіаторів. Саме тому, необхідно більш чітко та комплексно розглянути питання його діяльності та компетенції. Особливо з врахуванням положення законопроекту про те, що медіація може проводитися медіатором самостійно або за сприяння організації, яка забезпечує проведення медіації.

Попри те, що медіація є добровільною, а рішення повинні виконуватись її сторонами самостійно та добросовісно, розробники законопроекту передбачають можливість несумлінного ставлення учасників медіації до узятих на себе зобов'язань. Тому положеннями частини третьої статті 13 проекту визначено, що в разі невиконання стороною взятих на себе зобов'язань за результатами медіації інша сторона має право звернутися до суду в установленому законом порядку для захисту порушених прав і законних інтересів. Однак таке формулювання не дає відповіді на запитання про зміст вимоги, котра буде адресована до суду: чи це буде невиконання зобов'язань, погоджених під час медіації, чи вирішення спору по суті без урахування результатів медіації. І в цій частині законопроект потребує удосконалення.

Відсутність в Україні належного правового забезпечення медіації значно ускладнює її застосування на практиці. Крім цього, вкрай низька поінформованість населення про можливість залучення медіатора з метою попередження або ж врегулювання конфлікту, недовіра до альтернативних способів вирішення спорів обумовлюють незначне застосування примирних процедур. І це незважаючи на очевидні переваги такого способу вирішення спору.

Людмила Русаль,
*к.ю.н., доцент кафедри права
Львівський інститут ПРАТ «Вищий навчальний заклад»
Міжрегіональна Академія управління персоналом»
(Львів)*

СТРУКТУРА ІНСТИТУТУ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ

Як відомо у нашій країні відбувається правова реформа, яка частково стосується реформування трудового права. Адже нині чинний Кодекс законів про працю не відповідає сучасним вимогам. В цьому контексті потребують свого удосконалення інститути трудового права, зокрема інститут соціального діалогу.

Правовий інститут це своєрідна сукупність норм, пов'язаних між собою своїм юридичним змістом і безпосереднім відношенням до врегульованих ним суспільних відносин. Однією з основних властивостей структури є упорядкованість елементів системи за принципом однорідності.

В структурі інституту соціального діалогу можна виокремити норми, що забезпечують правосуб'єктність суб'єктів соціального діалогу. Так, Закон Укра-

їни «Про соціальний діалог в Україні» встановлює суб'єктний склад сторін соціального діалогу. Відповідно до його статті 4 сторони соціального діалогу визначаються відповідно до рівня, на якому вони діють:

на національному рівні — профспілкова сторона, суб'єктами якої є об'єднання професійних спілок, які мають статус всеукраїнських; сторона роботодавців, суб'єктами якої є об'єднання організацій роботодавців, які мають статус всеукраїнських; сторона органів виконавчої влади, суб'єктом якої є Кабінет Міністрів України;

на галузевому рівні — профспілкова сторона, суб'єктами якої є всеукраїнські профспілки та їх об'єднання, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності; сторона роботодавців, суб'єктами якої є всеукраїнські об'єднання організацій роботодавців, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності; сторона органів виконавчої влади, суб'єктами якої є відповідні центральні органи виконавчої влади;

на територіальному рівні — профспілкова сторона, суб'єктами якої є профспілки відповідного рівня та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; сторона роботодавців, суб'єктами якої є організації роботодавців та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; сторона органів виконавчої влади, суб'єктами якої є місцеві органи виконавчої влади, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. На території відповідної адміністративно-територіальної одиниці стороною соціального діалогу можуть бути органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законодавством;

на локальному рівні — сторона працівників, суб'єктами якої є первинні профспілкові організації, а в разі їх відсутності — вільно обрані для ведення колективних переговорів представники (представник) працівників; сторона роботодавця, суб'єктами якої є роботодавець та/або уповноважені представники роботодавця.¹

Правосуб'єктність сторін соціального діалогу визначається нормами про критерії репрезентативності. Ці норми закріплені статтями 5, 6, 7 Закону України «Про соціальний діалог в Україні»², а також Порядком оцінки відповідності критеріїв репрезентативності та підтвердження репрезентативності суб'єктів сторін профспілок та організацій роботодавців.³

Однорідність цих норм визначається тим, що вони спрямовані на визна-

¹ Про соціальний діалог: Закон від 23.12.2010 № 2862-VI. — URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2862-17>.

² Про соціальний діалог: Закон від 23.12.2010 № 2862-VI. — URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2862-17>.

³ Про затвердження Порядку оцінки відповідності критеріям репрезентативності та підтвердження репрезентатив [... НСПП; Наказ, Порядок, Заява [... від 21.07.2011 № 73. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/v0073299-11>

чення суб'єктного складу інституту соціального діалогу та визначення умов набуття ними відповідних повноважень.

Норми, котрі визначають форми здійснення соціального діалогу можна виокремити в ще один елемент інституту соціального діалогу. Закон України «Про соціальний діалог в Україні» містить норми, що визначають форми здійснення соціального діалогу. Ним закріплено, що соціальний діалог здійснюється між сторонами соціального діалогу відповідного рівня у чотирьох формах: обмін інформацією; консультації; узгоджувальні процедури; колективні переговори з укладення колективних договорів і угод.¹

Норми про форми соціального діалогу також закріплено Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», яким визначено, що профспілки, їх об'єднання ведуть колективні переговори, здійснюють укладання колективних договорів, генеральної, галузевих, регіональних, міжгалузевих угод від імені працівників у порядку, передбаченому законодавством.² Цим ж Законом закріплено норми щодо права сторін соціального діалогу на обмін інформацією.

Натомість Закон України «Про колективні договори і угоди» містить норми щодо укладення колективних договорів і угод³, що є однією з форм соціального діалогу. Відповідні норми є однорідними адже спрямовані на визначення форм соціального діалогу та порядку їх здійснення.

Ефективність механізмів соціального діалогу залежить від обов'язковості виконання рішень, які приймаються. Законодавець не лише встановлює відповідальність за порушення чи невиконання норм колективного договору чи угоди, але й стимулює сторони до виконання прийнятих на себе зобов'язань. Наприклад, надаючи роботодавцю право у випадку зміни технологічних чи організаційних умов праці в односторонньому порядку змінювати істотні умови праці, закріплені у трудовому договорі з працівником, законодавець прямо забороняє зміну істотних умов праці, які погіршують становище працівника порівняно з умовами колективного договору.⁴

Сторонам соціального діалогу, а також спеціально уповноваженим органам законодавець надає право контролювати виконання взаємних зобов'язань. Надзвичайно важливим є право сторін вимагати для здійснення вказаного контролю необхідну для цього інформацію. Законодавець встановлює відповідальність сторін соціального діалогу та їх представників за ухиляння від

¹ Про соціальний діалог: Закон від 23.12.2010 № 2862-VI. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2862-17>

² Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон від 15.09.1999 № 1045-XIV. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1045-14>

³ Про колективні договори і угоди: Закон від 01.07.1993 № 3356-XII. – URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3356-12>.

⁴ Коршунова Т.Ю. Понятие, основные принципы и формы социального партнерства в сфере труда// Трудовое право. 2006. №9. С.31.

участі в колективних переговорах із укладання, зміни колективного договору, угоди і невиконання з їх вини угод, колективних договорів.

Норми щодо контролю і відповідальності сторін соціального діалогу містяться в статті 19 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», а також ст. 41-1, 41-2, 41-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Даними статтями передбачається відповідальність за ухилення від участі в переговорах щодо укладання, зміни чи доповнення колективного договору, угоди; умисне порушення встановленого законодавством строку початку таких переговорів або незабезпечення роботи комісії з представників сторін чи примирних комісій у визначений сторонами переговорів строк; за порушення чи невиконання зобов'язань щодо колективного договору, угоди; за ненадання інформації, необхідної для ведення колективних переговорів і здійснення контролю за виконанням колективних договорів.¹ Ці норми формують, ще один елемент структури інституту соціального діалогу.

Елементи структури соціального діалогу зв'язані в єдиний комплекс, що забезпечує різносторонній вплив на дану частину суспільних відносин, їх норми поєднанні сталими закономірними зв'язками. Структура інституту соціального діалогу, характеризується не тільки певною побудовою, диференційованістю нормативного матеріалу, але й інтегрованістю, своїм законом зв'язку елементів, що виражає системну цілісність, усталену композицію елементів. Зокрема, цей зв'язок проявляється в тому, що для участі в будь-якій організаційно-правовій формі соціального діалогу, сторона повинна мати відповідний обсяг правосуб'єктності і під час цього вона несе відповідальність за свої дії.

Отже, соціальний діалог, як інститут трудового права відповідно має свою структуру. Його структура складається з таких елементів як: норми, які забезпечують правосуб'єктність суб'єктів соціального діалогу; норми, які визначають форми здійснення соціального діалогу; норми, які забезпечують контроль за виконанням прийнятих рішень та досягнутих домовленостей сторін соціального діалогу.

Сергій Сільченко,
*к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(Харків)*

ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПЕНСІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН ПІД ЧАС ЧЕРГОВОГО ЕТАПУ ПЕНСІЙНОЇ РЕФОРМИ

Протягом останніх років пенсійне забезпечення стало предметом правових експериментів та реформ. Держава намагається зробити пенсійну

¹ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Кодекс від 07.12.1984 № 8073-X. – URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.

систему стійкою до фінансових ризиків та бездефіцитною. Зберігаючи структуру пенсійної системи, визначену Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (далі – Закон про пенсійне страхування), законодавець постійно змінює правила в солідарній системі та спеціальному пенсійному забезпеченні.

Ефективне державне регулювання пенсійної системи має спиратися на об'єктивні чинники, що визначають її розвиток, зокрема:

- макроекономічні (темпи зростання та структура валового внутрішнього продукту, частка в ньому оплати праці, індекс споживчих цін, кількісні характеристики становища на ринку праці);
- демографічні (народжуваність, смертність, тривалість життя, вікова структура населення);
- соціально-трудова (ситуація на ринку праці, період трудової активності та структура трудового стажу, рівень оплати праці (доходи) осіб, які сплачують страхові внески, величина прожиткового мінімуму);
- власне пенсійні (нормативні вимоги до умов виходу на пенсію, пенсійні схеми та пенсійні програми, історично зумовлена організаційна структура самої пенсійної системи, що склалася)¹.

Пенсійна система одночасно є складником фінансової системи держави, пов'язаної з перерозподілом суспільного продукту. Її соціальне значення важко переоцінити, адже пенсія є джерелом існування майже третини населення держави. Пенсійне забезпечення перебуває під впливом законів та підзаконних нормативно-правових актів, будучи при цьому результатом функціонування складних соціально-економічних процесів, що відбуваються в державі. Економіка є основою пенсійного забезпечення, тому правове регулювання пенсійних відносин обов'язково має враховувати економічні закономірності, а також засади соціальної справедливості.

Функціонування даної системи опосередковується правовідносинами в пенсійному забезпеченні. За визначенням М. М. Шумила, це урегульовані нормами пенсійного законодавства соціально-економічні відносини щодо страхування, призначення та виплати уповноваженими суб'єктами правоздатним суб'єктам пенсії для реалізації останніми своїх прав та свобод та сприяння їх соціальної захищеності, а у випадку спору – захисту останніх².

У межах цієї системи існують власне пенсійні правовідносини, які виникають саме з приводу призначення та виплати пенсії і є її ядром. Їх можна визначити як урегульовані правом соціального забезпечення суспільні відносини, що виникають, змінюються та припиняються з приводу призначення та

¹ Пенсійні правовідносини в Україні : моногр. / Н.М. Хуторян, Я.В. Сімутіна, М.П. Стаднік, А.А. Ширант, М.М. Шумило ; відп. ред. Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2013. – С. 10.

² Шумило М. М. Правовідносини у сфері пенсійного забезпечення в Україні : моногр. / М. М. Шумило. – К. : Ніка-Центр, 2016. – С. 186.

виплати пенсії між правоздатними фізичними особами та органами, на яких за законом покладено функцію пенсійного забезпечення на підставі визначених законом юридичних фактів¹.

Як ключова ланка механізму правового регулювання, пенсійні правовідносини характеризуються наступними ознаками. По-перше, вони не можуть існувати поза межами правового регулювання, опосередкованого наявністю пенсійного законодавства². По-друге, пенсійне правовідношення має цільову спрямованість, адже передбачає здійснення соціального захисту населення шляхом надання пенсійних виплат. По-третє, учасники пенсійних правовідносин наділені суб'єктивними правами і обов'язками, які ґрунтуються на широкому колі статутних прав і обов'язків. Зміст правовідносин формується завдяки волевиявленню його учасників, впливу правових норм та актам правозастосування компетентних органів. Пенсійне правовідношення є відносним двостороннім зв'язком з чітко визначеним складом, у якому кожна зі сторін наділяється правами і обов'язками, які забезпечують задоволення потреб та інтересів правомочного суб'єкта – одержувача пенсії. По-четверте, пенсійні правовідносини є конкретними суспільними зв'язками завдяки індивідуалізації як їх суб'єктів, так і об'єкту. Специфічним об'єктом пенсійних правовідносин є пенсія, яка по суті є певним майном, сукупністю коштів, на отримання яких зацікавлена особа спрямовує свою поведінку. Тому за своїм характером вони є матеріальними.

Новації, запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо підвищення пенсій», певною мірою змінюють не лише конкретні правила призначення, обчислення, виплати пенсій, але і закладають підвалини трансформації теорії пенсійних правовідносин.

Так, наприклад, визначення у ч. 1 ст. 4 Закону про пенсійне страхування чіткого переліку законів про пенсійне забезпечення вочевидь поступово призведе до його уніфікації. Суб'єктів пенсійних правовідносин – фізичних осіб традиційно поділяють на загальних і спеціальних. Пенсійне забезпечення перших здійснюється на підставі загального пенсійного законодавства. Це застраховані особи в межах загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. У свою чергу, пенсійне забезпечення спеціальних суб'єктів відбувалося за спеціальними законодавчими актами. Їх число суттєво скорочується, адже по суті до їх числа належатимуть лише особи, звільнені з військової служби, постраждали та учасники ліквідації аварії на Чорнобильській АЕС тощо.

Запровадження у ч. 5 ст. 26 Закону про пенсійне страхування можливості призначення пенсії за віком незалежно від віку за наявності 40 і більше ка-

¹ Щодо дискусії з питань дефініції цього поняття див. Шумило М. М. Правовідносини у сфері пенсійного забезпечення в Україні : моногр. / М. М. Шумило. – К. : Ніка-Центр, 2016. – С. 179–184.

² Орловський О. Я. Поняття та особливості пенсійних правовідносин / О. Я. Орловський // Наук. вісн. Чернівецького ун-ту. – Вип. 538. Правознавство. – 2010. – С. 82.

лендарних років стажу змушує замислитись про природу цієї пенсії. З одного боку, отримання такого стажу не може настати у ранньому віці. Перехід до здобуття середньої освіти протягом 12 років даватиме старт трудовій діяльності більшості громадян у 18 років. Проте, активну трудову діяльність можна здійснювати з 16-ти. З іншого боку, призначення пенсії виключно за стаж робить її схожою з пенсією за вислугу років.

Слід підтримати намагання запровадити механізм ліквідації «пенсійної дискримінації» залежно від часу виходу на пенсію. Відсутність ефективного механізму осучаснення розміру раніше призначених пенсій призвело до того, що за рівних умов особи, які виходили на пенсію із різницею у 10 років, отримували майже у 2 рази нижчий розмір пенсійної виплати. Тож новий механізм перерахунку пенсій, визначений ч. 2 ст. 42 Закону про пенсійне страхування, аж ніяк не є індексацією. Втім, «ложкою дьогтю» є те, що рішення про проведення щорічного перерахунку має ухвалювати Кабінет Міністрів України з урахуванням розміру бюджету Пенсійного Фонду України. Тому важко спрогнозувати, яким чином можна захистити право пенсіонерів на такий перерахунок.

Яна Сімутіна,

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу
проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

РЕФОРМА ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

З часу проголошення незалежності України не припиняються політичні, економічні та науково-правові дискусії щодо необхідності та шляхів реформування трудового законодавства. При цьому, процес удосконалення правового регулювання трудових відносин носить не системний та хаотичний характер, породжує численні неузгодженості правових норм. На цьому фоні спостерігаються тенденції щодо зростання значення судової практики по трудових спорах, зокрема, правових позицій Верховного Суду України, в яких законодавство не стільки тлумачиться, скільки фактично видозмінюється.

Черговий проект Трудового кодексу України (реєстр. № 1658), схвалений у першому читанні, встановлює права та обов'язки суб'єктів трудових відносин, має на меті забезпечення реалізації передбачених Конституцією України трудових прав і гарантій працівників, створення належних умов праці, забезпечення захисту прав та інтересів працівників і роботодавців (ч. 1 ст. 1)¹. Все

¹ Проект Трудового кодексу України від 27.12.2014 р., реєстр. № 1658. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

це так чи інакше закріплено і в чинному Кодексі законів про працю України, однак питання якісного, змістовного оновлення трудового законодавства, а не формальної зміни назви та структури кодифікованого акту, залишається особливо актуальним у сучасних умовах.

Чинне трудове законодавство не диференціює правові норми в залежності від того, чи існують трудові правовідносини на підприємствах з великою кількістю працівників, або в таких, що працюють у сфері малого бізнесу. Водночас реформа трудового законодавства повинна врахувати інтереси в тому числі й фізичних осіб-приватних підприємців, малого бізнесу, сприяти подальшому його розширенню, скасуванню зайвих формальностей, спрощенню документообігу тощо. На жаль, згаданий проект Трудового кодексу так само за своєю сутністю орієнтований, в більшій мірі на «крупних» роботодавців – юридичних осіб та регулює «традиційні» трудові відносини між працівником і роботодавцем.

Однією з істотних проблем трудового законодавства України є відставання від існуючих суспільних відносин і потреб практики, зумовлених стрімким розвитком інформаційних технологій, інноваційних змін у розвитку сучасного постіндустріального суспільства, зокрема, щодо регулювання укладення нестандартних трудових договорів.

Очевидно, що ознаки трудових відносин, які містяться у їх визначенні (ст. 30 проекту ТК), зокрема, особисте виконання працівником роботи під контролем роботодавця з обов'язковим додержанням правил внутрішнього трудового розпорядку далеко не завжди можуть мати місце у відносинах, що виникають при виконанні роботи дистанційно. Видається, що ст. 42 проекту Трудового кодексу про виконання працівником роботи вдома не відображає належним чином усю специфіку таких відносин, а тому має бути окрема глава, присвячена особливостям регулювання дистанційної праці, серед яких – надання права працівникам розподіляти робочий час на свій розсуд тощо. У зв'язку з цим, значним недоліком цього проекту слід визнати відсутність норм, які б регулювали питання нестандартних форм зайнятості, зокрема, дистанційну працю, телепрацю, запозичену працю (аутсорсінг, аутстафінг), що набувають останнім часом значного поширення.

Уявляється доцільним саме у кодексі, як комплексному правовому акті у сфері трудових відносин, визначити основні положення щодо особливостей нестандартних форм залучення до праці, окреслити сферу та порядок укладення особливих «нетипових» трудових договорів, а також чітко встановити права і гарантії для працівників, які працюють за такими договорами.

Незважаючи на те, що однією з гострих проблем сьогодення залишаються так звані «приховані трудові відносини», коли роботодавці або взагалі не укладають з працівниками жодних договорів, або підписують так звані «трудові угоди», які насправді є цивільно-правовими договорами на виконання певних робіт чи надання послуг, у проекті Трудового кодексу це питання не знайшло належного вирішення.

У науці трудового права вже неодноразово наголошувалося на необхідності законодавчого закріплення заборони зловживання правами суб'єктами трудових правовідносин. На даний час у законодавстві про працю ані принцип неприпустимості зловживання правом, ані взаємопов'язаний з ним принцип добросовісності та його критерії так і не знайшли відображення, у зв'язку з чим різниться розуміння того, яка поведінка є добросовісною чи недобросовісною, породжуючи судові спори. При цьому, при вирішенні таких трудових спорів судами мають місце непоодинокі випадки використання за аналогією норм цивільного законодавства. Проте, оскільки цивільне та трудове право регулюють різні види правовідносин, видається, що для трудового права необхідне окреме регулювання проблеми зловживання правом. Відсутність законодавчо закріплених принципів у трудовому законодавстві, про які йдеться, хоча і породжує судову практику, не викликало належної уваги та реакції з боку законодавця на необхідність розроблення ефективних заходів захисту сторін трудових правовідносин від зловживання правом та розвитку принципу добросовісного здійснення трудових прав і у проєкті Трудового кодексу. З огляду на вище наведене, одним з основних напрямків удосконалення законодавства про працю є необхідність закріплення принципу добросовісності та неприпустимості зловживання правом як одного з галузевих у науці трудового права, який повинен стосуватися всіх суб'єктів трудових та пов'язаних з ними відносин – працівників, роботодавців, профспілок, об'єднань роботодавців тощо.

Враховуючи вищевказане, реформування національного трудового законодавства повинно відбуватися з урахуванням потреб практики сьогодення, реального стану суспільних відносин у сфері праці та сучасних світових тенденцій, основними з яких є: поглиблення диференціації правового регулювання трудових відносин та легалізація нових нестандартних видів зайнятості з метою закріплення трудових прав та гарантій для працівників, залучених до такої діяльності; відмова від зайвої «зарегульованості» трудових відносин та наділення сторін трудового договору більшою договірною свободою при визначенні індивідуальних умов праці, режиму роботи, робочого місця тощо.

Дмитро Сіренко,
*здобувач кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету біоресурсів і природокористування
(Київ)*

СУТНІСТЬ ТА ПОНЯТТЯ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ АДМІНІСТРАТИВНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОРУПЦІЄЮ

Інститут запобігання та протидії адміністративним правопорушенням, пов'язаним з корупцією, має власну історію становлення та розвитку. Тому для більш глибокого його пізнання необхідно дослідити його сутність, основні

елементи, а також визначити, коли він виник та яким чином відбувалося його поступове оновлення за часів незалежності України.

Сутність, як філософська категорія, виражає головне, основне, визначальне в предметі, таке що зумовлене глибинними, необхідними, внутрішніми зв'язками й тенденціями розвитку і пізнається на рівні теоретичного мислення.¹ Деякі філософи визначають категорію сутності з онтологічних та логічних позицій. Онтологічний підхід в даному випадку означає, що сутність слід розглядати як об'єктивну закономірність, яка відражається в цій категорії та взята незалежно від неї, виступає у вигляді певних стійких зв'язків, сторін та відносин буття. Логічний підхід до категорії сутності означає, що її необхідно розглядати як ідеальне відображення об'єктивних закономірностей дійсності, в яких вона виступає у вигляді певних стійких зв'язків, сторін та відносин між суб'єктивними образами свідомості.² Іншими словами, під сутністю слід розуміти передусім внутрішню сторону, внутрішній зв'язок, який становить загальну генетичну основу предметів, «елемент», до якого ми прийдемо, якщо абстрагуємося від усіх розбіжностей та будемо утримувати те загальне, що міститься в усіх цих предметах.³

Досить часто у правовій науці вважають синонімами або навпаки протиставляють одне одному такі основні складові **боротьби з корупцією** як *запобігання* та *протидія*.

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови «запобігати» означає «не допускати, заздалегідь відвертати що-небудь неприємне, небажане»⁴, в свою чергу, «протидіяти» означає «спрямовувати дію проти кого-, чого-небудь, діяти всупереч комусь, чомусь».⁵

Більш детальним видається визначення вказаних вище понять у Тлумачному словнику російської мови, відповідно до якого «предупредить» означає «заранее известить, уведомить о чем-либо; заранее принятыми мерами отвратить что-либо; опередить кого-нибудь, сделать что-нибудь ранее, чем что-нибудь произошло».⁶ Натомість «противодействовать» тлумачиться автором

¹ Філософський словник / За ред. В.І. Шинкарука. – 2 вид., перероб. і доп. – К.: Голов. Ред. УРЕ, 1986. – С. 657.

² Богданов Ю.А. Сущность и явление / Ю.А. Богданов. – Киев: Изд-во АН УССР, 1962. – С. 81–82.

³ Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін.; за заг. ред. В. Г. Гончаренка. – 2-ге вид., стереотипне. – К.: Либідь, 2004. – С. 70.

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови: близько 170000 слів та словосполучень / [уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел]. – Київ; Ірпінь: Перун, 2002. – С. 207.

⁵ Там само. – С. 770.

⁶ Ожегов С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под общ. ред. Н. Ю. Шведовой. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Рус. яз., 1990. – С. 727.

як «оказывать противодействие, препятствовать; препятствовать чьим-либо проискам».¹

Іншими словами, запобігання є первинним до протидії. В першому випадку та чи інша негативна дія ще не настала, але існує реальна загроза її настання, а тому головною метою «запобігання» є прогнозування усіх можливих випадків настання цієї негативної дії, а також розробка й реалізація превентивних заходів для недопущення відповідного небажаного явища (дії). В другому випадку, певна негативна дія вже відбулася або відбувається в реальному часі і головним завданням являється ліквідація цього негативного явища (дії) шляхом запровадження відповідного комплексу заходів (протидій, перешкод). Як правило, досвід, отриманий в результаті протидії згодом закладається в основу заходів запобігання.

Таким чином, між поняттям «запобігання» та поняттям «протидія» існує тісний взаємозв'язок, хоча вони являються абсолютно різними за своєю суттю.

В аспекті нашого наукового дослідження під «дією» або негативним явищем слід розуміти адміністративне корупційне діяння (наприклад, адміністративні правопорушення, пов'язані з порушенням вимог щодо повідомлення про конфлікт інтересів, порушенням обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, порушенням встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка та інші), на відвернення та подолання якого спрямовані заходи протидії. В свою чергу, для недопущення цього корупційного діяння в майбутньому існують заходи запобігання (превентивні заходи), суть яких полягає у визначенні можливих складових корупції або корупційних проявів, які хоча й не містять будь-якого рівня суспільної небезпеки, але являються «каталізаторами» або фундаментом для майбутнього адміністративно караного корупційного діяння. До таких корупційних проявів можна віднести, наприклад, підкуп осіб, уповноважених на виконання функцій держави або виконання державними службовцями незаконних, корупційних за змістом посередницьких функцій у відносинах третіх осіб з органами державної влади.

На нашу думку, первинним елементом запобігання адміністративним правопорушенням, пов'язаним з корупцією, являється сам нормативно-правовий акт про запобігання корупції, розроблений на основі попередньо здобутого досвіду боротьби з корупцією, а також в результаті ретельного вивчення цього негативного явища. Сьогодні таким нормативно-правовим актом є Закон України «Про запобігання корупції». В свою чергу, основним елементом протидії адміністративним правопорушенням, пов'язаним в корупцією, являється Кодекс України про адміністративні правопорушення (Глава 13-А), норми якого реалізуються: 1) Національним агентством з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) та 2) судами.

¹ Там само. – С. 740.

Застосування приватної детективної діяльності, на нашу думку, можливе тільки на етапі запобігання шляхом виявлення та документація «корупційних проявів», але до моменту складання адміністративного протоколу уповноваженим суб'єктом.

Відповідно до Указу Президента № 742/2006 від 11 вересня 2006 р., яким було схвалено Концепцію подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності», до найбільш поширених корупційні проявів, які мають латентний характер належать, зокрема: 1) підкуп осіб, уповноважених на виконання функцій держави («корупційний лобізм»); 2) виконання державними службовцями незаконних, корупційних за змістом посередницьких функцій у відносинах третіх осіб з органами державної влади; 3) сприяння влаштуванню на роботу своїх родичів, близьких, знайомих, отримання «комісійних» від учасників процедур державних закупівель; 4) неофіційне «спілкування» з представниками підприємств, організацій, що належать до сфери управління або мають договірні відносини з органами державної влади; 5) ведення підприємницької діяльності через підставних осіб або родичів чи близьких; 6) отримання не передбачених законом пільг, привілеїв та подарунків у дні особистих та державних, релігійних свят.¹

Отже, до основних елементів запобігання адміністративним правопорушенням, пов'язаних з корупцією, суб'єктами приватної детективної діяльності слід віднести:

- 1) Закон України «Про запобігання корупції»;
- 2) Закон України «Про приватну детективну (розшукову) діяльність»;
- 3) договір про надання приватних детективних послуг;
- 4) документування фактів корупційних проявів.

Залучення суб'єктів приватної детективної діяльності до співпраці на договірній основі з центральний орган виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну антикорупційну політику (НАЗК) можливе лише в межах *запобігання* адміністративним правопорушенням, пов'язаним з корупцією у вигляді документування корупційних проявів (до моменту складання уповноваженими посадовими особами державної влади адміністративного протоколу).

Таким чином, запобігання та протидія корупції являються взаємообумовлюючими та тісно пов'язаними поняттями, які разом утворюють поняття «боротьба з корупцією». Повноцінна боротьба з корупцією в будь-якій цивілізованій державі за відсутності хоча б одного з цих елементів неможлива, оскільки буде неефективною.

¹ Про Концепцію подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності»: Указ Президента України від 11.09.2006 № 742/2006. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/742/2006>

Максим Скітейкін,
*адвокат, Київська міська кваліфікаційна колегія адвокатів,
здобувач відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ЗАПОБІГАННЯ РОЗПОВСЮДЖЕННЮ ТВОРІВ, ЩО ПРОПАГУЮТЬ КУЛЬТ НАСИЛЬСТВА І ЖОРСТОКОСТІ, РАСОВУ, НАЦІОНАЛЬНУ ЧИ РЕЛІГІЙНУ НЕТЕРПИМІСТЬ ТА ДИСКРИМІНАЦІЮ ЯК ОДИН ІЗ АСПЕКТІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ

В умовах стрімкого розвитку інформаційно-комунікаційних технологій, розбудови правової держави, ускладнених глобалізаційних та інтеграційних процесів, про які вже згадувалося вище, однією з нагальних проблем для України є необхідність прискорення формування комплексної системи правового регулювання сфери забезпечення інформаційної безпеки¹. Інформаційна безпека є невід'ємною складовою кожної із сфер національної безпеки.

В інформаційному суспільстві інформаційний вплив на державу, суспільство, громадян є ефективнішим, ніж політичний, економічний, військовий. Значення інформації зростає в міру зникнення національних кордонів між державами, подолання наслідків інформаційної ізоляції пострадянського суспільства (хоча ці наслідки у багатьох сферах, зокрема науковій, не подолані і дотепер)². У цих умовах і виникають ряд проблем, пов'язаних із обігом інформації, зокрема наявність величезної кількості недостовірної та шкідливої інформації.

Інформаційна безпека — це врегульований нормами права порядок суспільних відносин, що забезпечує реалізацію інформаційної потреби фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави³.

Ряд злочинів спрямовані на порушення порядку у сфері інформаційної безпеки. Кримінальне законодавство України містить більше п'ятдесяти норм, у яких кримінальна відповідальність передбачена за злочини, які посягають на інформаційну безпеку (як основних, так і кваліфікованих), серед яких є такі найбільш суспільно небезпечні діяння, як злочини проти держави, проти миру

¹ Олійник О.В. Стан забезпечення інформаційної безпеки в Україні / О.В. Олійник // Юридичний вісник. — 2014. — № 2(31). — с. 61.

² Савченко С.В. Інформаційна безпека та інформаційно-правовий захист інформації: Конспект лекцій. Дніпропетровськ, НМетАУ, 2008. — с. 5.

³ Ландіна А.В. Інформаційна безпека як об'єкт злочину / А.В. Ландіна // Правова держава, Випуск 27. — К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2016. — с. 59.

і безпеки людства, проти моральності тощо¹. Тому найбільше навантаження у цьому напрямі, порівняно із адміністративно-правовими заходами забезпечення інформаційної безпеки в Україні, на наш погляд, приходить саме на сферу кримінального права². Таким є злочин, передбачений ст. 300 КК України: ввезення в Україну творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою або їх збут чи розповсюдження, а також примушування до участі в їх створенні (ч. 1), кіно- та відеопродукції, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, а також збут неповнолітнім чи розповсюдження серед них творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію (ч. 2), примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію (ч. 3).

Запобігання злочинності в цілому, в тому числі і злочинам проти моральності у сфері культури, зокрема розповсюдженню творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, є на сьогоднішній день однією з найголовніших функцій держави.

Основними засобами запобігання суспільно небезпечним діянням, передбаченим ст. 300 КК України можуть стати як засоби соціального характеру, так і економічного:

1. Обмеження доступу до негативної інформації, так би мовити виведення «з-під удару» негативної інформації, яка міститься в творах, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, неповнолітніх. Особливо це стосується поширення таких саме творів за допомогою світової комп'ютерної мережі Інтернет проконтролювати в сьогоднішніх умовах практично неможливо. Першочерговими повинні стати заходи, які б дозволили виключити, або хоча б мінімізувати можливість отримання зазначеної інформації особами, які не досягли повноліття, наприклад, розробка програм, які дозволи б батькам, піклувальникам, особам, що їх замінюють, обмежити доступ до Інтернет-сайтів, які містять подібну негативну інформацію.

¹ Ландіна А.В. Актуальні проблеми забезпечення інформаційної безпеки засобами кримінальної юстиції / А.В. Ландіна // Правова держава, Випуск 28. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Кременського НАН України, 2017. – с. 350.

² Ландіна А.В. Актуальні проблеми забезпечення інформаційної безпеки засобами кримінальної юстиції / А.В. Ландіна // Правова держава, Випуск 28. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Кременського НАН України, 2017. – с. 349.

2. Обмеження доступу неповнолітніх до творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, шляхом скорочення обігу комп'ютерних ігор. Вирішення цього завдання повинно стати здійснення відповідними структурами контролю над реалізацією неповнолітнім особам комп'ютерних ігор, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, а також над іграми в ігрових та інтернет-клубах, в які дозволяють грати неповнолітнім.

3. Проведення профілактичної роботи в навчальних закладах, яка має чи не найважливіше значення в процесі запобігання поширенню вказаних творів. Насильство реальне також здійснює значний вплив на психіку неповнолітніх, провокуючи в свою чергу, агресивну поведінку. Наріжним каменем здійснення профілактичної роботи має стати активна робота педагогів, спрямована на заміщення у підлітків інтересу до перегляду творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію.

4. Здійснення впливу на найбільш поширені негативні явища та процеси, що пов'язані із злочинністю проти моральності у сфері культури, з метою їх мінімізації. До таких засобів можна віднести антиалкогольну та антинаркотичну пропаганду, пропаганду здорового способу життя, антикриміногенну пропаганду, формування негативного громадської думки щодо насильницьких дій тощо.

5. Посилення безпосереднього впливу на основні детермінанти здійснення злочинів проти моральності у сфері культури з метою їх усунення. Не дивлячись на відмінності у детермінації різних злочинів зазначеної групи, можливим є вироблення загальних напрямків такої діяльності, про що докладніше буде повідомлено нижче.

6. Проведення активної роботи, спрямована на оздоровлення суспільства в криміногенному плані, усунення криміногенних факторів, які провокують в суспільстві позитивне або нейтральне відношення до проявів злочинності. Вказані заходи, необхідні для боротьби з проявами злочинності в цілому, особливо актуальні в випадку здійснення профілактики злочинів проти моральності у сфері культури. Як уже згадувалось вище, однією з вагомих детермінантів злочинності у зазначеній сфері виступає поблажливе ставлення до таких діянь в суспільстві, нерозуміння суспільної небезпечності злочинів проти моральності в сфері культури. Усунення таких шкідливих стереотипних поглядів повинне стати вагомою віхою у здійсненні профілактичної роботи.

Вказані засоби запобігання вчиненню злочину, передбаченого ст. 300 КК України, можуть певною мірою стати універсальними для запобігання вчиненню інших злочинів, що посягають на інформаційну безпеку суспільства. Адже запобігання вчиненню одного злочину – це елемент запобігання злочинності у цілому. У свою чергу це сприятиме реформуванню законодав-

ства (кримінального, кримінального процесуального) у частині забезпечення кримінально-правової охорони інформаційної безпеки та процесу притягнення винуватих у вчиненні таких злочинів осіб до кримінальної відповідальності.

Євгеній Соломатін,
*аспірант відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПРОБЛЕМИ ПІДСЛІДНОСТІ ОРГАНІВ БЕЗПЕКИ

У зв'язку з реформування системи кримінальної юстиції України, велике значення має питання вдосконалення діяльності Служби безпеки України. СБУ займає особливе місце серед правоохоронних органів. Відповідно до Закону України «Про Службу безпеки України», СБУ є державним правоохоронним органом спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України, на який покладається захист державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу України, законних інтересів держави та прав громадян від розвідувально-підривної діяльності іноземних спеціальних служб, посягань з боку окремих організацій, груп та осіб, забезпечення охорони державної таємниці. Однією з функцій СБУ є здійснення досудового розслідування щодо визначеного законодавством ряду злочинів. Як зазначає О.М. Полковніченко¹: «У світовій практиці існує концептуальне розділення власне правоохоронних органів, до яких належить, приміром, поліція, і спецслужб, яке впливає, зокрема, з наявності принципових відмінностей – заходів забезпечення безпеки певною спеціальною структурою від форм організації правоохоронної діяльності держави в галузі виявлення, попередження і припинення різного роду протиправної і кримінальної діяльності». Відтак, існує ряд проблем, пов'язаних зі статусом СБУ. Одна з проблем пов'язана з тим, як чинним законодавством визначено повноваження органів СБУ щодо здійснення досудового розслідування.

Враховуючи статус СБУ та завдання, поставлені перед нею, вважаємо, що до підслідності СБУ мають відноситись злочини, спільною характерною ознакою яких є здатність заподіювати шкоду суспільним відносинам, з якими пов'язаний сам факт існування української держави і суспільства. До таких відносин, на нашу думку, належать:

1) відносини в сфері забезпечення державного суверенітету та територіальної цілісності України, забезпечення нормального функціонування передбачених Конституцією та законами України органів державної влади і органів

¹ Полковніченко О.М. Шляхи удосконалення практичної діяльності Служби безпеки України щодо реалізації правоохоронної функції держави/ О.М. Полковніченко// Форум права. – Харків, 2011. – Вип. 4. – С. 571 – 576.

місцевого самоврядування, здійснення ними ефективного контролю над територією України, прийняття ними рішень у відповідності з законодавством України;

2) відносини в сфері захисту економічного, науково – технічного та оборонного потенціалу України від розвідувально – підривної діяльності з боку іноземних держав, недержавних організацій та груп, окремих осіб (у тому числі громадян України), відвернення і припинення дій, здатних призвести до зниження обороноздатності держави, виникнення кризових явищ в економіці;

3) відносини в сфері захисту інформації, забезпечення секретності якої має значення для нормальної роботи органів державної влади і органів місцевого самоврядування, захисту життєво важливих інтересів держави в сферах економіки та оборони.

Окрім того, для перелічених вище злочинів характерні певні особливості в контексті оперативно – розшукового забезпечення розслідування та забезпечення режиму секретності в процесі проведення розслідування (агентурна робота, застосування спеціальних технічних засобів тощо).

Відповідно до ч.2 ст.216 КПК, підслідність органів Служби безпеки України за предметною ознакою можна розділити на кілька сфер:

1. Злочини, здатні завдати найбільшої шкоди українському народові і державі, іншим державам та всьому людству (злочини проти основ національної безпеки України, злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, злочини, пов'язані з тероризмом, незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою).

2. Злочини, пов'язані з секретною інформацією (злочини у сфері охорони державної таємниці, незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації).

3. Злочини, пов'язані з перетинанням спеціально визначених ліній розмежування (злочини, пов'язані з перетинанням державного кордону України та меж тимчасово окупованої території України, контрабанда, контрабанда наркотичних засобів).

Як бачимо, законодавець відніс до підслідності СБУ як злочини, яким притаманні ознаки, що дозволяють віднести їх до компетенції спецслужби, так і злочини, які таких ознак не мають. Наслідком цього є те, що СБУ, замість концентрації всіх зусиль на виконанні своїх основних завдань, займається не притаманною спецслужбам діяльністю.

Як було зазначено в Концепції реформування кримінальної юстиції України, Служба безпеки України має здійснювати досудове розслідування злочинів проти національної безпеки, тероризму та окремих злочинів проти миру, безпеки людства і міжнародного правопорядку¹.

¹ Концепція реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента України від 08.04.2008 р. № 311/2008.

Відповідно, підслідність органів досудового розслідування Служби безпеки України має бути суттєво обмежено. До підслідності органів СБУ, на нашу думку, слід віднести:

- 1) злочини, пов'язані з розвідувально – підривною діяльністю проти України з боку іноземних держав, недержавних організацій та груп, окремих фізичних осіб (у тому числі громадян України);
- 2) злочини, пов'язані з тероризмом;
- 3) злочини, пов'язані з секретною інформацією;
- 4) злочин, передбачений ст. 332-1 Кримінального кодексу України (порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї). В умовах зовнішньої військової агресії проти України незаконне перетинання меж окупованої території може заподіяти значну шкоду обороноздатності держави, тому, на нашу думку, даний злочин має бути (принаймні тимчасово) підслідним органам СБУ.

Оксана Стасів,
*к.ю.н., доцент кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів)*

ТРУДОВІ ВІДНОСИНИ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Становлення України як соціальної, правової, демократичної держави та проголошення курсу на перехід до ринкової економіки, яка будуватиметься на соціальних засадах, ставить перед нашою державою певні завдання, які потребують свого нагального вирішення. Зокрема, це стосується реформування трудового законодавства, яке в свою чергу має по-новому визначити зміст трудових відносин.

Найхарактернішими рисами трудових правовідносин як окремого виду суспільних відносин є те, що вони 1) виникають між працівниками та роботодавцем; 2) виникають, змінюються чи припиняються відповідно до правових норм, які впливають на поведінку суб'єктів трудових правовідносин і через неї реалізуються; 3) суб'єкти трудових відносин пов'язані між собою суб'єктивними правами і юридичними обов'язками, а сторони в трудових правовідносинах виступають відносно одна одній як правоуповноважені та правозобов'язані особи, де права й інтереси одних можуть бути реалізовані тільки через виконання обов'язків інших; 4) взаємна поведінка суб'єктів трудових відносин індивідуалізована і чітко визначена, а права і обов'язки персоніфіковані в локальних нормативно-правових актах; 5) вони завжди мають вольовий характер – трудові відносини не можуть виникати і функціонувати,

а особливо реалізовуватися без волевиявлення хоча б одного суб'єкта; б) забезпечуються нормами трудового законодавства; 7) охороняються державою¹.

Зауважимо, що трудовими правовідносинами є такі двосторонні вольові відносини, які виникають у результаті укладення трудового договору між працівником та роботодавцем. Інші види відносин, які хоча і називаються трудовими, та трудовим законодавством регулюються тільки за наявності відповідних вказівок у ньому, оскільки виникли не на підставі трудового договору. Це і служба працівників органів внутрішніх справ, контракт військовослужбовця тощо.

Попри це в науці трудового права дискутується питання про трансформацію галузі трудового права в право зайнятості², а отже і відносин трудового права як складової відносин зайнятості. Так, на думку П.Д. Пилипенка, «місце і роль трудового права як самостійної галузі в системі права України повинні зазнати суттєвих змін. Ці зміни можуть бути ефективними лише за умови об'єднання норм, які врегульовуватимуть трудові відносини усіх працюючих під егідою єдиного комплексного правового утворення – права зайнятості»³. При цьому трудове право має стати основою права зайнятості, його ядром.

Чинний Кодекс законів про працю, який виконує роль основного акту в цій сфері, та низка окремих законів уже не виправдовує себе, оскільки не відповідають потребам сьогодення. Щодо доцільності прийняття нового акту, який би по-новому врегулював трудові відносини, говорять вже більше 15 років. Останній Проект ТК № 1658, який Верховною Радою прийнятий за основу, пропонує деякі новачки та зміни. Так, вперше в ньому чітко визначено предмет регулювання трудового законодавства.

Водночас ч. 8 ст. 6 Проекту ТК наголошується, що трудове законодавство не поширюється на умови самостійної діяльності фізичних осіб-підприємців, членів сільськогосподарського товариства та фізичних осіб, що виконують роботу на умовах цивільно-правового договору. Тобто фізична особа може виконувати завдання на підставі цивільно-правової угоди і не бути при цьому суб'єктом підприємницької діяльності. Також зазначається, що трудове законодавство не застосовується (крім законодавства про охорону праці) у разі, якщо фізична особа виконує обов'язки члена наглядової ради акціонерного товариства, виконавчого директора товариства, керівника інших органів управління юридичних осіб, якщо ці обов'язки виконуються на інших умовах, а не на підставі трудового договору. Це положення надає можливість іноземцям

¹ Іншин М.І.. Теоретико-правова характеристика трудових правовідносин / М.І. Іншин // Фінанси і право. – 2014-1. – с. 198.

² Вишновецька С. В. До питання про трансформацію галузі трудового права в право зайнятості / С. В. Вишновецька // Правова держава. Випуск 26. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2015. – С. 252–259.

³ Пилипенко П. Д. Право зайнятості, або нові контури трудового права / П.Д. Пилипенко // Право України. – 2014. – № 6. – С. 197–207.

не отримувати дозволу на працевлаштування в Україні якщо вони обіймають керівну посаду в компанії (наприклад, генеральний або виконавчий директор, глава наглядової ради), оскільки такі правовідносини можуть бути врегульовані цивільно-правовою угодою, зокрема договором підряду. Така норма у свою чергу внесе ясність у регулювання відносин які виникають. Адже відповідно до ст. 65 Господарського кодексу для керівництва господарською діяльністю підприємства власник (власники) безпосередньо або через уповноважені органи чи наглядова рада такого підприємства (у разі її утворення) призначає (обирає) керівника підприємства, який є підзвітним власнику, його уповноваженому органу чи наглядовій раді. З позиції Держпраці можливість здійснення управління підприємством на підставі цивільно-правової або іншої угоди без набуття статусу посадової особи законодавством не передбачено. А тому з таким керівником має бути укладений трудовий договір.

Крім того у Проекті ТК зроблено спробу врегулювати особливості трудових відносин, пов'язані з проходженням військової служби у Збройних Силах України та в інших утворених відповідно до законів України військових формуваннях, в органах внутрішніх справ, податковій міліції, Державній кримінально-виконавчій службі України, пожежній охороні, Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації України. Але ці відносини виникають не на підставі укладення трудового договору і тому їхня присутність в Проекті ТК є спірною.

Цікавою та необхідною є норма Проекту що якщо органами державного нагляду і контролю за додержанням трудового законодавства або в судовому порядку буде встановлено, що відносини за цивільно-правовим договором фактично є трудовими відносинами, до таких відносин застосовуються норми ТК¹.

Також вперше у проекті ТК здійснено спробу в врегулювати трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, у разі, якщо:

громадяни є працівниками дипломатичної служби України;

громадяни уклали з роботодавцями, які є резидентами України, трудові договори про виконання роботи за кордоном, у тому числі у відокремлених підрозділах резидентів, якщо це не суперечить законодавству країни, на території якої виконується робота;

це передбачено законами чи міжнародними договорами України.

Трудові відносини громадян України, які уклали трудові договори про виконання роботи за кордоном з роботодавцями нерезидентами України, регулюються законодавством країни, в якій виконується робота, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, та укладеним трудовим дого-

¹ Проект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30947

вором¹. При цьому права та законні інтереси громадян України, які тимчасово працюють за кордоном, захищаються угодами, що укладаються між Україною та іншими державами.

Зайвим вважаємо пропозицію закріпити в ТК відносини, які не регулюються трудовим законодавством. Зокрема, це стосується іноземців та осіб без громадянства, які працюють у складі дипломатичних представництв іноземних держав або представництв міжнародних організацій в Україні, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, а також іноземців та осіб без громадянства, які уклали з іноземними роботодавцями трудові договори про виконання роботи в Україні, якщо інше не передбачено цими договорами або міжнародними договорами України².

Отже, трудові відносини в контексті реформування трудового законодавства мають суттєво змінитися. Проте норми Проекту ТК потребують подальшого корегування, оскільки не збалансують інтереси суб'єктів трудової діяльності.

Сергійч Сунегін,

*к.ю.н. науковий співробітник відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО: ЧИННИКИ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ

Будь-яке суспільство, у тому числі громадянське, формується, функціонує та розвивається в межах визначеної соціальної реальності, яка об'єктивно вміщує в собі матеріальні і духовні компоненти. Матеріальні компоненти суспільного розвитку завжди пов'язані з діяльністю людей, спрямованої на створення необхідних для життя матеріальних благ (товарів, робіт та послуг), тобто насамперед тих благ, які сприймаються людиною за допомогою органів чуття. Водночас, вказана діяльність людей та їх об'єднань або матеріальні взаємовідносини в суспільстві, в межах яких функціонують реальні процеси життєдіяльності людини, тобто вся сукупність матеріальних умов їх існування, перебуває у нерозривному взаємозв'язку з нематеріальною або духовною складовою суспільства, за допомогою якої забезпечується ціннісно-телеологічне обґрунтування будь-яких взаємовідносин в суспільстві, тобто осмислення, розуміння та оцінка індивідами умов свого буття і ставлення до нього. У сучасній науковій літературі зазначається, що «фактор єдності матеріального і

¹ Северінова А.О. Трудовий договір у контексті наступної кодифікації трудового законодавства України/ А.О. Северінова. — URL: http://xn--e1aaifpcds8ay4h.com.ua/files/image/konf%2011/doklad_11_6_10.pdf

² Ст. 7 Проекту Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30947

духовного в суспільстві є головним у розумінні природи виникнення і підтримки стабільності і наступництва розвитку соціуму»¹.

Не вдаючись до розгляду конкретних визначень поняття «громадянське суспільство», які надаються багатьма вітчизняними та зарубіжними вченими, з метою досягнення заявленої мети даної статті під поняттям «громадянське суспільство» автор розуміє суспільство людей (індивідів, особистостей), здатних до високого рівня самоорганізації та саморегуляції своєї поведінки та діяльності на засадах соціальної солідарності у різноманітних взаємовідносинах між ними. У будь-якому разі проблематику формування і розвитку громадянського суспільства неможливо розглядати поза людським контекстом, що актуалізує проблему співвідношення духовних і матеріальних засад соціальної трансформації в цілому. Як бачимо, первинним елементом громадянського суспільства, його «клітиною» або фундаментом є людина, а не відповідні громадські об'єднання або організації, так само як первинним елементом або «клітиною» системи права є «правова норма», а не інститут чи галузь права. У даному випадку мова йде не просто про суспільство, а про його особливий громадянський стан, який виникає в процесі історичного розвитку і обумовлюється не лише рівнем соціально-економічного, політичного і культурного розвитку держави та відповідних сфер життєдіяльності суспільства, але й духовним станом індивіда, його моральною свідомістю.

Звертаючись до сучасного гуманітарного дискурсу громадянського суспільства, не можна не помітити того факту, що він зорієнтований здебільшого на дослідження тих чинників або засад його функціонування, які виражені у розвиненій ринково-капіталістичній економіці, заснованій на пріоритеті приватної власності, формальній юридичній рівності, правах і свободах людини, зокрема, свободі підприємництва тощо. При цьому всі зазначені засади формування та розвитку сучасного громадянського суспільства розглядаються переважно як такі, що самостійно здатні ефективно впливати на якість життя людей, на їх благополуччя й достаток, здатні забезпечити високий рівень правопорядку і соціальної злагоди.

Слід зазначити, що факт примату матеріальних цінностей над духовними у сучасних умовах є беззаперечним, оскільки, яку б діяльність не здійснювала людина, її успішність у будь-якій сфері по суті вимірюється єдиним критерієм – доходом або прибутком, тобто матеріальним достатком. Інші ж критерії успіху людської діяльності визначаються як другорядні або як такі, що не мають самоцінності, якщо не задовольняється основна та найвища прерогатива – якомога вищий рівень доходності. У такий спосіб поведінка та діяльність людини поступово перетворюється на гонитву за новими матеріальними благами та чуттєвими задоволеннями, що означає фактичне підкорення

¹ Гончаров В. Н., Попова Н. А. Духовно-нравственные ценности в системе общественных отношений // Фундаментальные исследования. – 2015. – № 2. – Ч. 7. – С. 1567.

духовних або ідеальних складових людської діяльності вузькоутилітарним та постійно змінюваним матеріальним (чуттєвим) прагненням людини.

Справді, у сучасних ліберально-демократичних реаліях прийнято вважати, що, наприклад, кмітливість, спритність, прагнення до інновацій, активність, професіоналізм, комунікабельність, організаторські здібності тощо, підвищують ефективність будь-якої діяльності, а отже, є надзвичайно важливими для людини і суспільства. З цим, на думку автора, можна погодитися, але за однієї умови: якщо всі ці ділові та особисті якості відповідатимуть вищим духовним цілям, вираженим у традиційних моральних імперативах. Останнє пов'язано з тим, що саме моральні або, відповідно, аморальні прагнення, інтереси та цілі, визначають шляхи досягнення результатів відповідної діяльності. Іншими словами, основним питанням в процесі будь-якої поведінки та діяльності є не як особистість проявляє свої відповідні якості та навички, а заради чого вона їх проявляє, які цінності вона визнає найважливішими чи найвищими у своєму житті.

З урахуванням зазначеного у науковій літературі небезпідставно та цілком вірно зауважується, що «ліберальна демократія як би говорить індивіду: ти – вільний, але вона утримується від відповіді на питання: заради чого я вільний»? Відповідаючи на питання про смисл свободи, більшість людей обмежує її зміст необхідністю задоволення особистих потреб. При цьому оскільки для більшості людей особисті потреби обмежуються станом матеріального благополуччя, то цивілізація, побудована на розробці засобів задоволення цих чуттєво-матеріальних потреб, неминуче матиме матеріалістичний характер, в якому розчиняються або руйнуються духовні сили¹.

Слід також відзначити, що руйнація духовних засад розвитку громадянського суспільства, на перший погляд, не є очевидною, оскільки з сучасного дискурсу не зникають такі найважливіші цінності духовного життя як, наприклад, свобода, рівність, справедливість, відповідальність, допомога, загальнообов'язковість, мораль, релігія тощо. Водночас, у заявленому контексті, на думку автора, потрібно зробити одне важливе методологічне застереження, а саме: невід'ємною ознакою поняття «духовність» є те, що вона знаходить своє безпосереднє вираження у об'єднуючих засадах функціонування суспільства, які проявляються у вигляді моральної традиції, концентровано вираженої у відповідних правилах і образах. При цьому підкреслимо, що моральна традиція як атрибут духовності є невід'ємною умовою позитивного існування і розвитку сучасного суспільства, оскільки вона покликана зберегти «соціальну пам'ять» або «культурне наступництво» в суспільстві, духовно-осмислений зв'язок між поколіннями за допомогою складної системи моделей і стереотипів людської поведінки та діяльності, моральної практики народу, результати якої

¹ Левицький С. А. Трагедія свободи / Составление, послесловие, комментарии В.В. Сапова. – М.: Канон, 1995. – С. 358.

дійшли до сучасного соціокультурного простору у якості безцінного духовно-морального досвіду. Це означає, що духовність як надзвичайно складний стан внутрішнього (психічного) життя людини, який виражається у суб'єктивному переживанні оточуючих подій, у тому числі з життя самої людини, а також в оцінці цих подій, у тому числі з точки зору їх відповідності традиційним моральним засадам суспільного розвитку, має єдину абсолютну, метафізичну основу, яка не підлягає релятивізації навіть у зв'язку із реальною функціонуючою постійною змінюваною оточуючою соціальною дійсністю.

Досліджуючи феномен духовності, окремі сучасні дослідники проблем теорії та філософії права вірно підкреслюють, що «вищим модусом духовності є «надсвідомість», яка представляє собою здатність людини до досягнення трансцендентних засад свого буття, до виходу за межі свого «я» у сферу надособистісного, що перебуває за межами безпосереднього чуттєвого сприйняття і звичайних розумових пропозицій. На відміну від вітальності, що тримає людину внизу, поблизу меж тваринності та постійно погрожуючою їй небезпеки зривів в її бездонність, духовність перешкоджає подібним зривам та змушує її прагнути вгору. Вона не дає змогу індивідуальній свободі перетворюватися у вседозволеність та пропонує особистості співвідносити свої потреби, інтереси, мотиви з універсальними ідеалами блага, істини, справедливості, краси. Духовність надає можливість особистості усвідомлювати самоцінність свого «я», значущість свого внутрішнього світу, розуміти свою унікальність і разом з тим причетність до універсальних засад буття, представлених у вигляді загальнолюдських цінностей культури і цивілізації. Без духовності, яка повідомляє індивідуальному «я» піднесений лад світосприйняття, неможливі ані чуйне сумління, ані вільна воля, ані моральна та метафізична інтуїція, ані релігійна віра, ані зріла правова культура»¹.

Досліджуючи сутність людської свободи, В. Шеллінг безспідставно констатував, що «в людині міститься вся могутність темного начала і в ній же — вся сила світла. У людині — найглибша безодня і найвище небо, або обидва центри»². З цього випливає, що прагнення людини до прекрасного, до правди і справедливості або до добра в цілому, автоматично передбачає можливість її звернення до пороку, розпусти, різноманітних вад чи відхилень, до зла в решті-решт.

Таким чином, права і свободи людини, так само як і такі основні засади формування і розвитку громадянського суспільства, як вільний ринок, справедливість, рівність, правова держава тощо, в їх абстрактному розумінні та тлумаченні, не можна вважати духовною основою або складовою громадян-

¹ Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права. — СПб: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. — С. 286.

² Шеллинг Ф.В.И. Философские исследования о сущности человеческой свободы и связанных с ней предметах // Сочинения в 2 т.: Пер. с нем. Т. 2 / Сост., ред. А.В. Гулыга; Прим. М.И. Левиной и А.В. Михайлова. — М.: Мысль, 1989. — С. 112.

ського суспільства, оскільки взяті абстрактно всі ці поняття та «благі наміри» є байдужими з точки зору об'єктивної дихотомії добра і зла. Іншими словами, відірваність змісту цих понять від конкретного історично обумовленого соціокультурного середовища, невід'ємним елементом якого завжди є морально-релігійна система координат, означає, що вони можуть використовуватися та слугувати як досягненню загального та індивідуального блага (добра), так і сприяти соціальній деструкції та руйнації в їх багатоманітних формах прояву (злу). Адже абстрактна свобода як вічна цінність та основоположна сутнісна характеристика людини, онтологічна першооснова її життя, може бути звернена або використана як для досягнення найвищого добра і блага, так і найбільш низинного і непристойного зла.

Навіть якщо звернутися до такого основоположного принципу розвитку людської цивілізації та культури як гуманізм, то уявлення про його самоцінність та самодостатність не можна, принаймні, у повній мірі визнавати вірним, оскільки у такому разі за дужки виноситься надзвичайно важливі питання: що, власне, слід розуміти під поняттям «людина», які її основні ознаки, у чому полягає та проявляється гідність людини, які характерні риси людини та її вчинки схвалюються суспільством, а які засуджуються ним, які засоби досягнення благополуччя людини є корисними, а які — шкідливими чи небезпечними?

Володимир Сухонос,

*д.ю.н., професор, зав. кафедри конституційного права,
теорії та історії держави і права Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету
(Суми)*

ПРАВОВА РЕФОРМА ЯК ШЛЯХ ПОДОЛАННЯ КОРУПЦІЇ ТА БЮРОКРАТИЗМУ: ЮРИСДИКЦІЙНИЙ ТА ТЕХНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТИ

Загалом правову реформу можна визначити як зміну відповідних загальних функцій державного управління¹. При цьому, гносеологія державного управління розглядає останнє як вид діяльності органів держави, що має виконавчий і розпорядчий характер та полягає в їхньому організуючому впливі на суспільні відносини в економічній, соціально-культурній і адміністративно-політичній сферах шляхом застосування державно-владних повноважень². Зазвичай означені повноваження закріплюються у відповідних нормативно-правових, що

¹ Ющик О. І. Правова реформа: загальні поняття, проблеми здійснення в Україні / Ющик О. І. — К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1997. — С. 33.

² Авер'янов В. Б. Державне управління / В.Б. Авер'янов // Юридична енциклопедія : у 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін.]. — К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998–2004. — Т. 2: Д–Й. — 1999. — С. 119.

здебільшого мають публічний характер. Це не лише тягне за собою можливість для громадян ознайомитися з правами та обов'язками державних службовців, а й веде до стабілізації діяльності останніх. Так складається бюрократія – тип організації, для якої характерним є спеціалізований розподіл праці, чітка управлінська ієрархія, правила та стандарти, а показники оцінки роботи засновані виключно на компетентності працівників¹.

На сьогодні поняття «бюрократії» є досить дискредитованим у зв'язку із численними прикладами негативного впливу чиновництва на суспільні відносини. Проте, на початку ХХ ст. бюрократія інколи розглядалася як прогресивне явище. Зокрема, М. Вебер вважав бюрократичне управління, що характеризується такими якостями, як «точність, стабільність, сувородисципліна, надійність і передбачуваність як для пана, так і для всіх, кого воно стосується, можливість як інтенсифікації, так і розширення поля його дій, а також універсальна застосовність для вирішення будь-яких завдань і невичерпні можливості чисто технічного вдосконалення» найраціональнішою формою панування².

Утім наприкінці ХХ ст. бюрократія все більшою мірою набуває характеру бюрократизму – сукупності «негативних явищ у діяльності апарату управління – неважного ставлення до інтересів і потреб простих людей, канцелярських методів роботи, тяганини, формалізму, кар'єризму, прагнення до привілеїв тощо»³.

На нашу думку, це стало наслідком як суб'єктивних чинників, коли державні службовці, користуючись своїми повноваженнями, певним чином, виходили за їхні рамки або використовували їх на шкоду пересічним громадянам. Саме із суб'єктивним аспектом бюрократизму був пов'язаний фактор корупції. Проте, на нашу думку, досить впливовими є й об'єктивні чинники, що пов'язані із світовою постіндустріальною революцією, коли «учораšní» методи, принципи та правила ставали неадекватними поточній ситуації.

Утім, на нашу думку, бюрократія є нічим іншим як однією (на сьогодні домінуючою) державною технологією – обумовленими станом знань та загальною ефективністю способами досягнення мети, що встановлюється державою. Цей термін є дещо штучним і створеним за аналогією із запропонованою відомим футурологом та мислителем С. Лемом ідеєю існування «соціальних

¹ Мескон М. Х. Основы менеджмента / М.Х. Мескон, М. Альберт, Ф. Хедоури ; [пер. с англ. А.К. Кушниренко и др.]. – М. : Дело, 1997. – С. 682.

² Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии : в 4 т. / Макс Вебер ; сост., общ. ред. и предисл. Л. Г. Ионина ; [пер. с нем. Л.Г. Ионин, И.А. Сударикова, А.Н. Беляев и др.]. – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2016– . – Т. 1: Социология. – 2016. – С. 261.

³ Цветков В. В. Бюрократизм / В. В. Цветков // Юридична енциклопедія : у 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 1998–2004. – Т. 1: А–Г. – 1998. – С. 296.

технологій»¹. У даному випадку, окрім бюрократії, можна виділити небюрократичні державні технології – диктатуру, адхократію, креативну корпорацію, електронне урядування, соціальну ієрархію, розумну організацію тощо.

Саме до диктатури свого часу удалися більшовики, намагаючись подолати чиновницький «саботаж» (по суті, бюрократизм) в 1917-21 рр. Активно використав елементи диктатури й Лі Куан Ю, долаючи корупцію в Сінгапурі. Проте таке застосування диктаторських методів зазвичай носило юрисдикційний характер, адже використовувалося постфактум після вчинення акту бюрократизму або корупційного діяння.

Набагато ж більш ефективним можна вважати радикальний спосіб², який фактично знищує саме підґрунтя як для корупції, так і до бюрократизму. Таким способом є застосування небюрократичної або позакорупційної державної технології.

Зокрема, значний ефект має така державна технологія як електронне урядування.

В історії відомі три потужні спроби започаткувати електронне урядування: радянська (ЗДАС), чилійська (Кіберсін) та американська (Арпанет).

Зокрема, в РСР, на території України в рамках створення Загальнодержавної автоматизованої системи (ЗДАС) відбувалося будівництво Республіканської автоматизованої системи збору та обробки інформації для обліку, планування та управління народним господарством (РАС) Української РСР. Відповідальними за створення і реалізацію ескізного проекту організаціями були Головний науково-дослідний обчислювальний центр Держплану УРСР та Інститут кібернетики Академії наук УРСР³.

Водночас, вся робота над правовим забезпеченням РАС УРСР виконував відділ політико-правових проблем управління Інституту держави і права Академії наук УРСР (нині – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України). Зокрема, ним були виявлені п'ять основних проблем (напрямків) формування та функціонування РАС УРСР: 1) організаційно-правові питання створення РАС УРСР; 2) господарсько-правові відносини у зв'язку із створенням РАС УРСР; 3) правове становище обчислювальних центрів в РАС УРСР та господарсько-правові аспекти їхньої діяльності; 4) правові питання інформаційного забезпечення РАС УРСР; 5) створення автоматизованої інформаційно-довідної системи з права⁴.

¹ Лем С. Сумма технологии / С. Лем ; [пер. с польск. под ред. С. Переслгина и Н. Ютанова]. – М. : АСТ; СПб. : Terra Fantastica, 2002. – С. 22. – (Philosophy).

² Сухонос В. В. Глава держави у державному механізмі: конституційно-правовий статус : [монографія] / Володимир Вікторович Сухонос ; передм. Ю.С. Шемшученка ; [наук. ред. О.В. Скрипнюк]. – Суми : Еллада-S, 2015. – С. 45.

³ Глушкова В. В. Научные и организационные принципы информационного общества в проекте ОГАС 1980 / В. В. Глушкова, А. А. Морозов, С. А. Жабин // Гиля : научный вестник : сб. науч. работ. – 2013. – Вып. 71. – С. 921–926.

⁴ Цветков В. В. Правовые проблемы создания и функционирования РАС УССР / В.В. Цветков, Е.Ф. Мельник, В.Ф. Сиренко // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 98–103.

Утім, в цілому, проект мав істотні вади. Як визначав викладач Масачусетського технологічного інституту В. Герович: «Радянські кібернетики уявляли собі автоматизовану систему управління як єдину органічну систему, пронизану зворотнім зв'язком. Але при цьому вони парадоксальним чином вважали, що вона повинна будуватися за наказом зверху. Вони не розглядали варіанту, за якого така система могла б скластися знизу і зростати угору, адже вважали, що окремі підсистеми не зможуть функціонувати ефективно без всеосяжної загальнонаціональної системи. Вони боялися, що поступовий підхід лише зміцнить існуючі методи управління економікою. Але оскільки кожна окрема частина загальнонаціональної системи управління не була життєздатною сама по собі, то й система в цілому виявилася неспроможною»¹.

Іншою відомою спробою формування електронного уряду став Кіберсін («кібернетичний синергізм»²) – проект, який був частково реалізований під час президентства С. Альєнде, і мав певну політичну складову, в рамках якої планувалося побудувати не просто систему електронного документообігу, або навіть систему управління промисловістю, але створити систему, здатну підтримувати стан загальнонародного консенсусу, керуючи державою відповідно до загальнонародних інтересів³.

Утім, військовий переворот 11 вересня 1973 р., у ході якого С. Альєнде було вбито, а до влади прийшла військова хунта на чолі з генералом А. Піночетом Угарте, призвів до закриття проекту «Кіберсін».

Третій проект, на відміну від радянського та чилійського, завершився позитивним результатом. Цим проектом став Арпанет, на основі якого виник Інтернет через активне залучення громадянського суспільства.

Антибюрократичний потенціал електронного урядування спирається на нівелювання суб'єктивного фактору в державному управлінні. Це ж створює перепони для корупції.

Водночас, той рівень контролю над грошообігом, який здатне дати електронне урядування, багато в чому зробить корупційні діяння мало можливими.

Нинішній же підхід, коли держава намагається боротися із корупцією шляхом інституціональних правових реформ (створення НАБУ, намагання створити антикорупційний суд) є лише косметичними спробами її подолати. Як уявляється, держава намагається протидіяти корупції за допомогою бюрократії, забуваючи, що остання є технологією індустріального світу. В умо-

¹ Герович В. Интер-Нет! Почему в Советском Союзе не была создана общенациональная компьютерная сеть [Электронный ресурс] / Вячеслав Герович // Неприкосновенный запас. – 2011. – № 1 (75). – URL: <http://magazines.russ.ru/nz/2011/1/ge4.html>

² Бир С. Мозг Фирмы / Стэффорд Бир ; [пер. с англ. М. М. Лопухина. – М. : Радио и связь, 1993. – С. 258.

³ Система Киберсин. Воспоминание о будущем [Электронный ресурс] // Журнал ЖЖ. – 2013. – 09 октября. – URL: <http://anlazz.livejournal.com/18780.html>

вах же світової постіндустріальної революції бюрократія трансформується у бюрократизм, а останній обов'язково тягне за собою суб'єктивний чинник і можливість нової корупції.

Розірвати це коло можна лише через активне застосування небюрократичних державних технологій, які стають доступними через реалізацію відповідних правових реформ.

Gaabriel Tavits,
Professor of Social Law
University of Tartu School of Law
(Estonia)

**REFORM OF SOCIAL SECURITY LAW: WHY DO WE NEED
GENERAL PART IN SOCIAL SECURITY LEGISLATION? /
РЕФОРМА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ:
ЧОМУ НАМ ПОТРІБНА ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА
СОЦІАЛЬНО-ЗАХИСНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

Естонія почала реформувати своє соціально-захисне законодавство п'ять років тому. Ідея реформи полягала в тому, щоб створити соціальний кодекс, прикладом була Німеччина, де такий кодекс існує. Першим етапом підготовки соціального кодексу була розробка загальної частини. Загальна частина була сформульована двома прийнятими законами: «Про соціальний добробут» та «Про допомогу у працездатності». Головним питанням, на яке необхідно дати вичерпну відповідь, що має регулювати загальна частина соціального кодексу?

INTRODUCTION

Estonia started to reform its social security legislation already five years ago. The idea of the reform was to create the social code. The example was Germany, where there exists the social code.¹

Estonia started creation of its social code with the general part – with General Part of the Social Code Act.² The Act on general part of the Social Code came into force with two other acts – Social Welfare Act³ and Work Ability Allowance Act⁴.

The main and most important question is what shall be regulated in general Part of Social Code?

¹ M-L. Aasamets. Sotsiaaõiguse korrastamise vajadus ning lähtekohad (Need to reform social law and its basis), *Juridica*, 2010, No 8, pp 589-596.

² General Part of the Social Code Act (Sotsiaalseadustiku üldosa seadus), English translation available: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/505022016003/consolide>, accessed: 21.10.2016.

³ Social Welfare Act (Sotsiaalhoolekande seadus), English translation available: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507072017009/consolide>, accessed: 22.10.2016.

⁴ Work Ability Allowance Act (Töövõime toetuse seadus), English translation available: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/524072017007/consolide>, accessed: 21.10.2016.

I IMPORTANCE OF GENERAL PART IN LEGAL ACTS

It is obvious that every piece of legislation consists of two parts: general part and special part. This is the case in social security law, also in civil law, but also in public law. The meaning of general part is obvious – there are all the time similar notions and general principles that should be applied for every part of special acts in field of social security. The meaning of general part is very important. The general part gives the basic principles that should be respected in every situation, where the special act or special law does not prescribe differently. Also, the general part gives us the necessary understanding of different notions.

Besides of the notion and general principles, the general part also usually contains general rule on procedure and the data protection. The both fields are very important.

The procedural rules are important, to know where and by which institution a person can apply for the social benefits. Also, those rules will determine what kind of documents a person has to present and to which institution the person can turn in case his or her application will not be accepted or will be accepted only partly.

Data protection is one of the most important and also quite sensible question in social security law. Almost all branches of social security contain sensible personal data (e.g. data about the family members, data about disability, sometimes data about the health situation (e.g. in case of disability)). It is always the question, what kind of data should be protected and what kind of data should be available for the institutions, who are responsible for the social security protection.

As the notions and principle will be applied to all other branches for social security, the general part must be formulated very carefully and very precise in order to cover all necessary special parts of social security.

The international standards do not contain many rules on general part. The only rules contain financing of the schemes, administration of the schemes and limitations, when a person cannot claim a benefit.¹

The general part of a legal regulation is common in private law, in administrative law and also in penal law. In penal law there has always existed the general part and special part. Usually the general part formulates who and how will be punished; the special part will formulate the crimes for which a person can be punished. In this sense in legal science it is common technique to use general part and special part.

II GENERAL PART OF SOCIAL SECURITY ACT IN ESTONIA

There is only one act that regulates the general part of Social Code in Estonia. The General Part of Social Code Act does not determine, what are the special parts of Social Code or to which special parts the General Part of Social Code Act will be applied.

It is not possible to determine the special parts of social security. Although there is

¹ See e.g. C102 – Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), available: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P1210_0_INSTRUMENT_ID:312247:NO, accessed: 20.10.2017.

a number of European and international instruments in order to determine the special parts of social security, it is still for the national legislator to determine, what kind of social risks will be introduced and what conditions will be applied.

In Estonia the following special parts are existing: family benefits, state guaranteed pensions, unemployment insurance benefits, state guaranteed unemployment allowances, sickness insurance. One can see that these branches are classical fields of social security. Also, the social assistance is governed by the General Part of Social Code Act.

General Part of Social Code Act establishes the principles and organisation of social protection, organisational bases for providing benefits for social protection, the rights, obligations, and liabilities of a person in applying social protection, social protection procedures, the organisation of social protection financing, and the bases for managing the social protection information system. Additional purpose of the Social Code is to establish legal bases in order to protect a person and a family by preventing, eliminating or reducing social risks integrally, particularly in case of unemployment, illness, motherhood, professional incapacity, old age, loss of a provider, upbringing children, falling victim to crime, special social need, and difficulties in coping.

The Social Code contributes to ensuring social rights protected by the Constitution of the Republic of Estonia, European Union law, and international agreements binding on the Republic of Estonia. According to the act this is called «social protection». The objective of social protection is to support and increase a person's independent living and social inclusion, create equal opportunities, achieve a high level of employment, prevent unemployment, and support reconciliation of work and private life.

The General Part of Social Code Act contains the general principles that has to be followed by every special branch of social security: a) Human dignity; b) Person's ownership; c) Solidarity; d) Public authority's duty to explain and assist; e) Confidentiality of social protection; f) Cooperation.

As it is common the special part of the social security can add additional principles and requirements. For example, in Estonian Social Assistance Act the following additional principles are listed:

- 1) the needs of the person shall be taken into consideration first;
- 2) such measures shall be preferred which are aimed at finding possibilities and increasing the ability of the person to organise his or her life as independently as possible;
- 3) the person shall be advised about choosing and adjusting measures and, if necessary, about assistance provided by a specialist with appropriate professional training;
- 4) the efficiency of implementation of measures from the viewpoint of the person in need of assistance and, if necessary, from the viewpoint of the family and community shall be taken as the basis;
- 5) the person in need of assistance and, if necessary, his or her family members

shall be involved in all the phases of the provision of assistance if the person has consented thereto;

6) measures shall be ensured to be as accessible to a person as possible.

From this one can follow, that there are always a variety of principles that one has to observe in order to guarantee the application of different social security protection rules.

The Estonian General Part of Social Code Act also determines the main components of the social protection. Those components are listed in section 16 of the Act. According to this section following components are:

- 1) ownership of a person and a family;
- 2) benefits organised and provided by the state and the local government;
- 3) benefits organised in the form of insurance;
- 4) other part of the social protection system provided by law.

Important question for every general part (general part of a law branch or of a legal act) is when and in what situations we need to apply the general part? General understanding of the legal system is in this sense simple: in case there is no regulation in special part, the rules in general part will be applied. For Estonian General Part of Social Code Act the situation seems to be more complicated. If one can analyse the structure of legal act of the general part, then in special branches almost all the necessary norm are regulated. There is no much space for the for the General Part of the Social Code Act. The only rules that one could apply from the General Part of Social Code Act are connected with issuing the administrative act and its validity. As in Estonia majority of institutions offering social protection are state agencies or legal persons in public law, the administrative act and its validity plays important role. Those rules connected to the administrative act should not be repeated in every special part of the of social security. It is enough to apply only the general part of the Social Code Act.

CONCLUSION

Every general part in legal regulation is important part of legal regulation. It simplifies the application of legal rules and makes the legal regulation more practical and also more comprehensive. Still when the reform process is going on, it can be the situation, where the importance of general part of legal regulation is modest or even low. This is the situation of the General Part of Social Code Act in Estonia. Although it is obvious, that General Part of Social Code Act must play an important role in understanding the special parts of social security, this is still not the case. Therefore, the creation of Estonian social code is only at very beginning and therefore there are a lot of repetition in legal acts regulating the special branches of social security.

It is a matter of time when the General Part of Social Code Act will have its real position and will be a real general part for the rest parts of social code.

Тетяна Тарахонич,
*к.ю.н., старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ ЯК ОДИН ІЗ НАПРЯМІВ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ

Менталітет держави, її ціннісна спрямованість, правова дійсність, особливості правового регулювання впливають на процес формування, збагачення, виникнення нових концептуально обґрунтованих поглядів та ідей та формування правової ідеології.

Правова ідеологія формує правову свідомість суб'єктів, мотивацію їх поведінки, є базовою основою розвитку правової культури суспільства, детермінантою правового впливу та підґрунтям вдосконалення правового регулювання. Правова ідеологія ґрунтується на основі демократичних цінностей та принципів побудови правової держави та міжнародних стандартів, які мають місце в світі.

Правова ідеологія має багатоаспектний характер. Недюха М.П. акцентує увагу на тому, що правова ідеологія може розглядатися як суспільне явище, правова категорія, структурний елемент правосвідомості, як складова ідеологічної функції держави, як теоретична основа державної правової політики¹.

Правова ідеологія формується в процесі розвитку суспільства, під впливом тих цінностей, які в ньому сформувалися, стимулює розвиток науки, акумулює наукові ідеї, формує певні погляди та впливає на право.

Тісний взаємозв'язок існує також між діяльністю держави та правовою ідеологією, яка в ній сформувалася. Правова ідеологія є засобом досягнення завдань держави в ідеологічній сфері. Так, М.П. Недюха підкреслює, що реалізація ідеологічної функції держави обумовлюється як історико-культурними умовами, звичаями і традиціями народу, так і, передусім, ідеологічними системами (ціннісно-духовною та інструментальною) і моделями – ідеократичною та маніпулятивною. Зазначене надає можливість вченому виокремити різні типи ідеології держави: духовно-ціннісний тип, що притаманний давнім і середньовічним державам, а за умов сьогодення деяким теократичним державам, в яких визначальною є релігійна ідеологія; інструментальний тип ідеології, що отримав поширення практично в усіх країнах Західної Європи. У відповідності до даних типів ідеології, науковець виокремлює ідеократичну та маніпулятивну її моделі².

¹ Недюха М. П. Правова ідеологія українського суспільства : [Монографія] / М.П. Недюха. – К.: «МП Леся», 2012. – С. 44.

² Недюха М.П. Правова ідеологія в контексті парадигми українського державотворення / М.П. Недюха // Трипільська цивілізація. – № 8 (11). – 2012. – С.14.(С.11-15).

Правова ідеологія, яка культивується в державі впливає на її цілісність, моральність, подолання проявів правового нігілізму, позначається на зовнішній політиці держави, можливостях пошуку консенсусу та компромісу тощо. Поряд з цим держава впливає на формування тих чи інших видів ідеології, на їх пріоритетність.

Правова ідеологія впливає на правову політику держави. Вітчизняні вчені підкреслюють, що правова ідеологія і правова політика є взаємопов'язаними сферами діяльності, що обумовлюється: а) їхньою універсальністю та б) взаємодоповнюваністю. Зважаючи на ту обставину, що ідеологія ціннісно наповнює державну правову політику, цілеорієнтує її, надає бачення механізмів досягнення цілей тощо, будь-який дефіцит правової політики, можливі її слабкості компенсуються значною мірою правовою ідеологією¹.

Аналізуючи особливості правової політики, слід підкреслити, що вона є різновидом державної політики, закріплюється правовими нормами, в принципах права тощо, формується відповідними державними органами, що зумовлює її державно-владний характер, має на меті забезпечення законності та правопорядку, гарантування прав та свобод людини та громадянина, спрямована на досягнення ефективності механізму правового регулювання.

Зазначене надає можливість виокремити певні рівні правової ідеології, а саме: доктринальний, на якому правова ідеологія розглядається як сукупність концептуально чи доктринально обґрунтованих ідей, поглядів, теорій щодо розуміння права, правової системи тощо; нормативний, що обґрунтовує через правову ідеологію шляхи вдосконалення діючого права, законодавства з метою забезпечення найбільшої їх адекватності соціальним та іншим умовам розвитку суспільства, та діяльнісний рівень, який характеризує вплив правової ідеології на різні види правової свідомості.

На процес формування правової ідеології впливає цілий ряд чинників. На нашу думку, їх можна поділити на внутрішні та зовнішні, які знаходять прояв в різних сферах життєдіяльності суспільства та держави. Серед внутрішніх чинників заслуговують на увагу такі як: соціальні, які пов'язані з розвитком суспільства та формуванням державності; процеси конституціоналізації, розвиток правової системи та її складових та необхідність формування в свідомості суб'єктів ідеологічного підґрунтя їх діяльності, мотивації їх поведінки; процеси, які відбуваються в державі по вдосконаленню політичної системи та її інституцій тощо. Серед зовнішніх чинників заслуговують на увагу глобалізаційні, інтеграційні процеси, які мають місце в світі².

Підсумовуючи, слід підкреслити, що функціональне призначення правової

¹ Недюха М. П. Сутність та призначення правової ідеології як визначальної складової правової політики України / М.П. Недюха // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – № 4. – 2013. – С.14. (С. 10–15).

² Тарахонич Т.І. Правова ідеологія як внутрішня детермінанта правового впливу // *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. – 2016. – № 5 (21). – С. 20–21.

ідеології полягає в тому, що вона є одним із засобів забезпечення регулятивного впливу на процеси, що мають місце в суспільстві та державі, вона впливає на пізнання сутності права, формування оціночних суджень щодо права, діяльності суб'єктів, щодо моделі їх поведінки, а також правових установок тощо.

Дмитрий Тис,
*Главный правовой инспектор труда
Гродненского обкома профсоюза работников АПК
(Гродно, Беларусь)*

ПЕНСИЯ КАК ОБЪЕКТ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ГОСУДАРСТВЕННОМУ ПЕНСИОННОМУ СТРАХОВАНИЮ

В зависимости от специфики юридических фактов у гражданина может возникнуть субъективное право на различные виды пенсионного обеспечения: на пенсию по возрасту, инвалидности, по случаю потери кормильца и т.д. Реализуя субъективное право на конкретные виды пенсионного обеспечения в правоотношении, граждане при обеспечении пенсиями получают в качестве объекта периодические, ежемесячные денежные выплаты.

В юридической литературе существуют различные определения пенсии как объекта пенсионных правоотношений.

К основным признакам, присущим советским определениям понятия «пенсия» можно отнести: 1) «периодичность» выплат, (но при развитии терминологической базы «периодичность» была заменена на «ежемесячную» выплату, поскольку термин «период» не имеет четких временных ограничений, это могут быть ежегодные, ежеквартальные выплаты и т.д., а пенсия выплачивается каждый месяц); 2) каждое определение включает в себя перечень видов пенсий, которые были закреплены в советском законодательстве; 3) «социально-алиментарный характер»; 4) признак относительно того, что пенсия является «основным источником средств к существованию» пенсионера, поскольку право на пенсию возникает независимо от доходов пенсионера¹. На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что советские понятия пенсий перенасыщены признаками, характерными для стран советского образца, поэтому они не могут быть в полной мере применены к современному определению пенсии в Республике Беларусь.

С распадом СССР в юридической литературе определение понятия пенсии получило новое понимание. Поэтому дискуссии по вопросу понятия пенсии в научных кругах актуализировались.

М.Л. Захаров, Э.Г. Тучкова пенсию определяют как ежемесячную выплату, которая предназначена для материального обеспечения граждан, которые до-

¹ Шумило, М.М. Правове регулювання пенсійного забезпечення державних службовців: монографія / М.М. Шумило. – К.: Ніка-Центр, 2010. – С.102.

стигли пенсионного возраста, стали инвалидами или длительное время занимались определенной профессиональной деятельностью, а также нетрудоспособных граждан, потерявших кормильца»¹.

Д.А. Никонов, А.В. Стремоухов исходят из того, что пенсия — это регулярная денежная выплата (в расчете на месяц), которая назначается в установленном законом порядке определенным категориям лиц из социальных фондов и других источников, которые предназначены для таких целей»².

Интересной является определение пенсии И.М. Сироты. Под его пониманием — это заработанная трудом частная собственность гражданина, право на которую, согласно ст. 41 Конституции Украины, охраняется законом³. На наш взгляд, пенсия (материальное благо) становится собственностью пенсионера после ее получения в материальном эквиваленте «на руки», после чего она перестает быть объектом пенсионных правоотношений, а становится объектом права частной собственности, то есть гражданских правовых отношений. Поэтому называть пенсию в контексте понятия объекта пенсионных правоотношений, частной собственностью, будет не совсем корректно.

М.М. Шумило определяет «пенсию» как — один из правовых инструментов реализации государством своей социальной функции, через органы специальной компетенции, который отражается в ежемесячном материальном (денежном) обеспечении, в случаях и порядке, определенных действующим законодательством, для реализации своих прав и свобод лицами, полностью или частично утративших трудоспособность⁴.

В Республике Беларусь И.А. Долголева, раскрывая понятие пенсии, утверждает, что «пенсия — денежная выплата, представляемая гражданам ежемесячно или единовременно в связи с наступлением социального риска за счет средств государственного социального страхования или государственного бюджета на условиях, в порядке и размерах, предусмотренных законодательством»⁵.

И.А. Долголева при раскрытии пенсии вводит понятие социального риска. Введение данного понятия в определение пенсий является своевременным в связи с тем, что понятие социального риска, как объективной основы социаль-

¹ Захаров, М.Л. Право социального обеспечения России: учеб. / М.Л. Захарова, Э.Г. Тучкова. — М.: Изд-во БЕК, 2001. — С.209.

² Никонов, Д.А. Право социального обеспечения: учеб. пособие / Д.А. Никонов; под ред. А.В. Стремоухова. — М.: ЮНИТА-ДАНА, 2004. — С.102.

³ Сирота, И.М. Право социального обеспечения в Украине: учеб. / И.М. Сирота. — 5-е изд., перераб. и доп. — Х.: Одиссей, 2005. — С.142.

⁴ Шумило, М.М. Правове регулювання пенсійного забезпечення державних службовців: монографія / М.М. Шумило. — К.: Ніка-Центр, 2010. — С.120.

⁵ Долголева, И.А. Правовое регулирование профессионального пенсионного страхования в Республике Беларусь: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05 / И.А. Долголева; Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь. — Минск, 2012. — С.4.

ного обеспечения, нашло отражение в науке права социального обеспечения на современном этапе ее развития.

Реализация пенсионного страхования в Республике Беларусь¹ предполагает возникновение существенных различий между конструкциями юридических составов прав на получение социальной и трудовой пенсий. Трудовая пенсия, право на которую приобретает за счет уплаты страховых взносов, отображающихся на персонифицированном счете в Фонде социальной защиты населения, теряет алиментарную сущность и её, на наш взгляд, можно отождествлять с пенсией по пенсионному страхованию (получение таких пенсий обусловлено уплатой страховых взносов). В то же время социальные пенсии, выплачиваемые за счет средств государственного бюджета, сохраняют признак алиментарности, в связи с чем представляется обоснованным мнение о необходимости отказа от единого определения пенсий, предоставляемых в рамках различных форм пенсионного обеспечения, ввиду того, что они существенно отличаются друг от друга.

Различия свойств, социального предназначения и правового регулирования складывающихся пенсионных правоотношений обуславливают юридическую обособленность социальных и трудовых (страховых) пенсий как объектов пенсионных правоотношений относительно друг друга.

Для понимания сущности пенсии по пенсионному страхованию необходимо проанализировать её признаки. Не вызывает сомнения, что признак периодичности присущ пенсиям и на современном этапе развития белорусского общества, а также то, что эта ежемесячная выплата, которая производится в денежных единицах Республики Беларусь.

Само по себе такое явление как страхование подразумевает уплату страховых взносов. Это также касается и пенсионного страхования. При уплате страховых взносов на пенсионное страхование лицо приобретает статус застрахованного. Однако для получения страховой пенсии определенного вида необходима уплата страховых взносов, период уплаты которых устанавливается пенсионным законодательством Республики Беларусь.

При уплате страховых взносов возникают определенные страховые резервы, которые аккумулируются в специальных страховых фондах. В Республике Беларусь таким фондом является Фонд социальной защиты населения Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь.

Как указывалось выше, понятие социального риска давно используется в науке права социального обеспечения. Под социальными рисками можно понимать явления окружающей действительности, наступление которых приво-

¹ О Концепции реформы системы пенсионного обеспечения в Республике Беларусь и плане первоочередных мер по реализации ее основных положений: постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 17 апреля 1997 г., № 349 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017.

дит к утрате или снижению уровня дохода индивида, отсутствие возможности удовлетворения жизненных потребностей, негативное последствие которых и призвано сгладить пенсионное страхование. К таким рискам в частности относятся определенный возраст, инвалидность, потеря кормильца, утрата профессиональной трудоспособности.

Понятие социального риска охватывает видообразующие юридические факты, необходимые для возникновения пенсионных правоотношений по поводу получения пенсий определенного вида.

Введение в понятие «пенсия» определения социального риска обусловит отсутствие необходимости перечисления юридических фактов, необходимых для выплаты пенсий определенного вида.

Исходя из вышеперечисленного, пенсия по государственному пенсионному страхованию в Республике Беларусь может быть определена как ежемесячная денежная выплата, которая выплачивается застрахованному лицу из Фонда социальной защиты населения Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь при наступлении социальных рисков, дающих право на государственное пенсионное страхование.

Кирилл Томашевский,

*к.ю.н., доцент, профессор кафедры трудового и хозяйственного права
Учреждения образования Федерации профсоюзов Беларуси
«Международный университет «МИТСО»
(Минск, Беларусь)*

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ КОЛЛИЗИЙ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ

Легальное определение коллизии нормативного правового акта (далее – НПА) дано в ст. 1 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»: коллизия НПА – противоречие (несоответствие) норм действующих НПА, регулирующих одни и те же общественные отношения. Схожую научную дефиницию предлагал и советский ученый-теоретик Н. А. Власенко¹.

В литературе как по международному частному праву², так и по трудовому праву можно встретить более узкие определения правовых коллизий³. Коллизии в праве могут возникать не только в правоотношениях с «иностранным элементом», но во всех правоотношениях. С позиции различения права по-

¹ Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1984. С.23.

² Толстых В.Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. М.: Спарк, 2002. С.19.

³ Шестерякова И.В. Коллизионные вопросы труда по международному частному праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03; Саратов. гос. академия права. Саратов, 2000. С.8.

зитивного и естественного коллизии могут возникать между идеями естественного права и нормами позитивного права, закрепленными как в законодательстве, так и в нормативных соглашениях, правовых обычаях, а в отдельных странах — и в судебных прецедентах.

В теории права Ю. А. Тихомировым уже предпринималась попытка обоснования широкого понимания коллизий: для него юридическая коллизия есть «противоречие между существующим правовым порядком и намерениями и действиями по его изменению»¹. Такой комплексный концептуальный подход к коллизиям, несомненно, плодотворен, хотя и он нуждается в критическом осмыслении.

Интересные теоретические взгляды на юридические коллизии (антиномии) высказывали и другие ученые (к примеру, И. В. Аленина, Г. А. Лысаковский, М. А. Жильцов, А. М. Лушников, М. В. Лушникова, Я. М. Семенова).

На наш взгляд, к понятию коллизий в трудовом праве нужно подходить комплексно как к сложному (собирательному) правовому феномену, который охватывает противоречия, возникающие между различными элементами трудового права.

В широком смысле *коллизии в трудовом праве* можно определить как *противоречия между источниками регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, между отдельными нормами трудового права, между принципами естественного права и нормами позитивного трудового права, между законодательством о труде и складывающейся линией (направлением) правоприменительной практики*.

Частным случаем коллизий в трудовом праве являются коллизии норм трудового права. *Коллизии норм трудового права* — это противоречия (расхождения) в элементах или формулировках двух или более одновременно действующих норм трудового права, регулирующих одни и те же трудовые и непосредственно связанные с ними отношения.

Уяснив понятие коллизий в трудовом праве, обратимся к другому важному вопросу о **видах коллизий в трудовом праве**, относящегося также к общей части трудового права.

Ввиду многообразия возможных вариантов противоречий между различными элементами правовой материи возникает потребность в научно обоснованной классификации правовых коллизий. Причем на основе этой классификации в дальнейшем выстраивается и классификация коллизионных норм, поскольку первичным явлением выступает сама коллизия, а коллизионное правило — это то юридическое средство, которое используется для разрешения возникшего противоречия.

1. В зависимости от формы бытия правовой материи можно выделить колли-

¹ Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учеб. и науч.-практ. пособие. М.: Изд. г-на Тихомирова М.Ю., 2003. С.43.

зии следующих видов: 1) между естественным и позитивным трудовым правом; 2) между божественным правом и естественным трудовым правом; 3) между божественным правом и позитивным трудовым правом. Обратим внимание, что включение божественного права в правовой механизм характерно преимущественно для государств мусульманской правовой семьи и Ватикана. Для светских государств, к которым относятся все государства – члены ЕАЭС и СНГ (включая и Республику Беларусь), характерен первый вид коллизии в условиях возрождения естественно-правовой концепции правопонимания.

II. Исходя из характера противоречий между нормами права, обусловленного видами нормативных источников, временем их принятия, сферой действия в пространстве и содержанием правовых предписаний, юридические коллизии в литературе подразделяются на следующие виды:

- 1) *иерархические* (между источниками права, имеющими разную юридическую силу);
- 2) *темпоральные, хронологические или временные* (между нормативными источниками, принятыми в разное время);
- 3) *пространственные* (между нормативными источниками с разной сферой действия в пространстве);
- 4) *содержательные* (при расхождении в объеме правового регулирования общественных отношений, различии терминологии)¹.

III. В зависимости от вида источников трудового права могут быть выделены следующие разновидности коллизий в трудовом праве:

- *международные* (между двумя нормами международного трудового права);
- *международно-национальные* (между нормой международного трудового права и нормой национального трудового права);
- *межнациональные* (между национальным трудовым законодательством двух государств в отношениях, осложненных иностранным элементом);
- между законодательством и коллективными договорами, соглашениями;
- между законодательством и локальными нормативными актами;
- между коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами и некоторые другие.

Обратим внимание, что последняя (третья) классификация не охватывается группой иерархических коллизий в рамках второй классификации, поскольку не все вышеназванные источники трудового права выстроены законодателем в строгую иерархию, что значительно усложняет разрешение противоречий между соответствующими нормами права на практике.

А. М. Лушников предлагает более укрупненное деление коллизий нор-

¹ Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1984. С.56–90; Шестерякова И.В. Международно-правовое регулирование труда. Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2004. С.84.

мативних источников на две группы: 1) внутренние коллизии национальных (внутригосударственных) источников права; 2) внешние коллизии, которые возникают из различий в законодательстве стран в случаях правового регулирования международных трудовых отношений¹.

Встречаются и иные классификации коллизий в праве, которые также вносят свою лепту в развитие общей части трудового права и ее доктрины.

Научно обоснованная классификация коллизий в трудовом праве позволяет в дальнейшем обосновывать и логически выстраивать правовой механизм разрешения коллизий между нормами трудового права, который требует своего законодательного закрепления в разделе «Общие положения» трудовых кодексов (как Беларуси, так и Украины). При этом И. В. Аленина, а затем и О.Н. Ярошенко под механизмом разрешения правовых коллизий предложили понимать совокупность средств и способов, при помощи которых обеспечивается результативное воздействие на несогласованность норм трудового права путем их устранения или преодоления². Один из доктринальных подходов к урегулированию данного механизма в государствах – членах ЕАЭС был предложен в нашей монографии³.

Тарас Третяк,

*к.ю.н., доцент кафедри земельного та аграрного права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
(Київ)*

ПРОЦЕДУРА ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ ЯК ЗАСІБ ВСТАВНОВЛЕННЯ ПРАВИЛ ДОБРОСУСІДСТВА В УКРАЇНІ

Вимоги, щодо обсягів впливу на чужу земельну ділянку, встановлюються у ході процедур прийняття рішень, що спрямовані на обмеження негативного впливу на довкілля. До таких процедур належать: процедура оцінки впливу на довкілля (далі – процедура ОВД); процедура видачі дозволу на викиди забруднювальних речовин стаціонарними джерелами та інші.

В українське законодавство процедура ОВД була запозичена з інозем-

¹ Лушников А.М. О системности источников трудового права (коллизийное трудовое право) // Системный характер трудового права и права социального обеспечения (Первые Гусовские чтения): материалы конф. / под общ. ред. Н.Л. Лютова и Ф.О. Сулеймановой. М.: Проспект, 2016. С.280.

² Аленина И.В. Коллизии в трудовом праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05; Томский гос. ун-т. Томск, 2000. С.18; Ярошенко О.М. Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України : монографія. Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. С.361.

³ См. подробнее: Томашевский К.Л. Источники трудового права государств – членов Евразийского экономического союза (проблемы теории и практики). Минск: Междун. ун-т «МИТСО», 2017. С.451–461.

ного законодавства. Наведені обставини роблять необхідним звернутися до історії виникнення процедури ОВД у тих країнах, де ця процедура органічно утворилася з уже відомих інститутів права. Прототипом процедури ОВД був у Великій Британії припис короля «ad quod damnum» (лат. – відповідно до завданої шкоди). Для здійснення будь-яких публічних робіт, потрібно було отримати припис «ad quod damnum» від короля. Цим приписом король надавав певного привілею (наприклад, право будувати канал, право торгувати чи дозвіл на відчуження нерухомого майна), одночасно цей припис видавався для того, щоб визначити чи надання такого привілею не завдасть шкоди третім особам. Якщо ж шкода буде завдана, припис «ad quod damnum» встановлював суму відшкодування такої шкоди. Кожна особа, що планувала здійснювати публічні роботи (наприклад, осушення боліт, будівництво каналу тощо), повинна була отримати цей припис¹. Таким чином, припис «ad quod damnum» був покликаний забезпечити захист права власності та права користування земельними ділянками від порушень, що могли б виникнути у разі будівництва суспільно-важливих об'єктів.

На значення участі громадськості у процедурі ОВД як на участь у формуванні правил добросусідства вказують також і положення законодавства України та її міжнародних договорів. Зокрема, Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля від 25.06.1998² (далі – Оргуська конвенція) передбачає три основних інструменти громадськості, які її представники можуть використовувати для захисту своїх екологічних інтересів. До цих інструментів належать: доступ до екологічної інформації, участь громадськості у прийнятті еколого-важливих рішень, доступ до правосуддя. Участі громадськості у процесі прийняття еколого-важливих рішень присвячена стаття 6 Оргуської конвенції. Стаття 1 Оргуської конвенції зазначається, «[з] метою сприяння захисту права кожної людини нинішнього і прийдешніх поколінь жити в довіллі, сприятливому для її здоров'я та добробуту, кожна зі Сторін гарантує права на доступ до інформації, на участь громадськості в процесі прийняття рішень і на доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища, відповідно до положень цієї Конвенції». Таким чином цілню, за ради якої надано представникам громадськості право на участь у процесі прийняття рішень, є саме забезпечити право кожного жити у сприятливому довіллі. Саме на таке призначення наведених вище трьох прав звернув увагу Комітет з дотри-

¹ Holder J. Environmental Assessment. The regulation of Decision Making / Jane Holder. – Oxford: Oxford University Press, 2004. – P. 4.

² Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, укладена 25.06.1998, підписана від імені України 25.06.1998, ратифікована Законом України від 06.07.1999 N 832-XIV. – URL: <https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43ukr.pdf>. – Дата звернення: 18.02.2017.

мання Оргуської конвенції у своїх висновках щодо дотримання в Україні положень цієї конвенції, зокрема у пункті 36 Висновку Комітету з дотримання щодо виконання в Україні обов'язків, передбачених Оргуською конвенцією у справі глибоководного судного каналу «Бистре» від 18.02.2005 (ЕСЕ/МР.РР/С.1/2005/2/Add.3)¹ зазначаючи, що «... *недотримання вимог у частині операційних положень Конвенції* [положень, що стосуються доступу до екологічної інформації, участі громадськості у прийнятті рішень та доступ до правосуддя] *є недотриманням також і в частині цілі Конвенції, як вона визначена у статті 1* [сприяти захисту права кожної людини жити в довкіллі, сприятливому для її здоров'я та добробуту]».

На наш погляд, такий підхід є виправданим, адже остаточне рішення процедури ОВД (далі – Остаточне рішення) встановлює умови планованої діяльності, в тому числі і рівень негативного впливу на сусідні земельні ділянки. Саме у зв'язку з цим, власникам земельних ділянок надано право брати участь у формуванні умов Остаточного рішення.

Положення Земельного кодексу України від 25.10.2001 № 2768-III² (далі – ЗК) також дають підстави вважати, що процедура участі громадськості у процесі прийняття рішень, що стосуються довкілля є процедурою формування правил добросусідства. Зокрема, частина перша статті 103 ЗК зобов'язує власників землі та землекористувачів «... *обирати такі способи використання земельних ділянок відповідно до їх цільового призначення, при яких власникам, землекористувачам сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей (затіннення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо)*». В юридичній літературі вже зверталось увагу на необхідність звуженого більшої формалізації цього положення, адже найменше незручностей завдається лише тоді, коли земельна ділянка не використовується взагалі³. Одним із засобів такої формалізації можуть і повинні бути нормативи граничних-допустимих викидів (далі – ГДВ). Більшість таких нормативів встановлюється безпосередньо у дозволі на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами. Пункт третьої частини третьої статті 2 Кодексу адміністративного судочинства від 06.07.2005 № 2747-IV⁴ зобов'язує адміністративні суди під час

¹ Findings and recommendations with regard to compliance by Ukraine with the obligations under the Aarhus Convention in the case of Bystre deep-water navigation canal construction (submission ACCC/S/2004/01 by Romania and communication ACCC/C/2004/03 by Ecopravo-Lviv (Ukraine)) Adopted by the Aarhus Convention's Compliance Committee on 18 February 2005. – URL: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2005/pp/c.1/ece.mp.pp.c1.2005.2.Add.3.e.pdf> (last visited September 1, 2017).

² Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст. 27.

³ Мірошниченко А. М. Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України : (за станом нормат.-прав. актів та судової практики на 10 квіт. 2013 року) / А. М. Мірошниченко, Р. І. Марусенко. – 5-те вид. – Київ : Правова єдність, 2013. – С. 277.

⁴ Кодексу адміністративного судочинства від 06.07.2005 № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35-36, 37. – Ст. 446.

розгляду справ адміністративного судочинства перевіряти чи прийняті вони «... обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії) ...». Цей процесуальний обов'язок судів означає матеріально-правовий обов'язок уповноважених органів приймати рішення обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення. Прийняття рішення всупереч цій вимозі, даватиме право суду його скасувати. Отже, встановлюючи у дозволі нормативи ГДВ, уповноважений орган повинен враховувати і думку заінтересованої громадськості, тому власники земельних ділянок, впливаючи на формування умов дозволу, фактично беруть участь у формуванні правил добросусідства.

Висновок.

1. В результаті процедури ОВД встановлюються частина правил добросусідства.
2. Процедура ОВД передбачає право власників земельних ділянок, на яких планована діяльність буде спричиняти вплив, брати участь у процедурі формування умов Остаточного рішення.
3. Порушення права власників земельної ділянки на участь у формуванні таких умов є порушенням права власності на земельну ділянку.

Галина Трунова,
канд. юрид. наук, доцент

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ ВІД НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ НА ВИРОБНИЦТВІ ТА ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ В УКРАЇНІ

Соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання покликане забезпечувати захист прав застрахованих осіб від негативних наслідків нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності (тимчасову, часткову чи повну). В першу чергу це особисте страхування, яке покриває фінансові наслідки нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності.

Фундаментальні основи створення та впровадження соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання були визначені Концепцією соціального забезпечення населення України 1993 р.¹, що зумовило прийняття Основ законодавства України про

¹ Концепція соціального забезпечення населення України схвалена Постановою Верховної Ради України від 21.12.1993 р. № 3758-XII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3758-12>

загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 р.¹ та профільного Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23 вересня 1999 р.²

Впродовж останніх років спостерігається певне переформатування чинних норм у сфері соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. Так, у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» від 28 грудня 2014 р.³ були внесені зміни до профільного Закону та викладено його в новій редакції та новою назвою: Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування»⁴. Останній став комплексним нормативно-правовим актом у сфері соціального страхування та регулює три види загальнообов'язкового державного соціального страхування, а саме у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, нещасного випадку на виробництві та, в перспективі, медичного страхування.

Водночас, продовжують діяти і Основи законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, які закріплюють загальні положення, які притаманні всім видам соціального страхування (пенсійному, на випадок безробіття, з тимчасової втрати працездатності, від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання і, в перспективі, медичного), що не сприяє ефективності правозастосування.

Варто відзначити і певне відставання у внесенні змін до чинного законодавства за результатами реформування соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, що призводить до порушення прав застрахованих осіб. Так, Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2016 році» від 24 грудня 2015 р.⁵ були внесені зміни до Закону України «Про збір та облік

¹ Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 р. № 16/98-ВР. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/16/98-%D0%B2%D1%80>

² Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23.09.1999 р. № 1105-XIV. — URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1105-14/ed19990923>

³ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» від 28.12.2014 р. № 77-VIII. — URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/77-19/page>

⁴ Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 23.09.1999 р. № 1105. — URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1105-14>

⁵ Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2016

єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування», в результаті чого, фізичні особи – підприємці, у тому числі ті, які обрали спрощену систему оподаткування, та особи, які провадять незалежну професійну діяльність відносяться до категорії осіб, які в обов'язковому порядку сплачують єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, в тому числі і на соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності, і відповідно відносяться до категорії застрахованих осіб в обов'язковому порядку. Водночас тільки Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення пенсій» від 3 жовтня 2017 р.¹ було передбачено внесення змін до п. 1. ст. 35 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування», відповідно особи, які забезпечують себе роботою самостійно, та громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності віднесені до осіб, які в обов'язковому порядку підлягають загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання.

Окрім того, необхідно звернути увагу на питання, які необхідно вирішити у процесі удосконалення та підвищення ефективності правових норм у сфері соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання.

Відповідно до ч. 3 ст. 42 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування»² Фонд соціального страхування України фінансує витрати на медичну та соціальну допомогу, в тому числі на додаткове харчування, придбання ліків, спеціальний медичний, постійний сторонній догляд, побутове обслуговування, протезування, санаторно-курортне лікування, придбання спеціальних засобів пересування тощо, якщо потребу в них визначено висновками МСЕК.

На практиці виникає багато питань щодо порядку відшкодування потерпілим особам витрат на лікування, Фонд доволі часто з певних причин (необґрунтованості витрат, невідповідності місця лікування та ін.) відмовляє у відшкодуванні витрат на медичну та соціальну реабілітацію потерпілих і, як наслідок, лєвова частка судових справ про соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві виникає за результатами позовів застрахованих осіб чи інших уповноважених осіб до Фонду щодо відшкодування витрат на лікування та реабілітацію.

Проблемою перш за все є відсутність повністю укомплектованої власної

році» від 24.12.2015 р. № 909-VIII. – URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/909-19/page>

¹ Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення пенсій» від 3.10.2017 р. № 2148-VIII. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2148-19/page?text=%ED%E5%F9%E0%F1%ED>

² Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 23.09.1999 р. № 1105. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1105-14>

системи медичних закладів (побудованої в тому числі і на основі укладених контрактів про співпрацю з медичними установами) та штату лікарів експертів у сфері нещасного випадку на виробництві. Фонд повинен вживати заходів щодо укладання угод з лікувально-профілактичними закладами та окремими лікарями про обслуговування потерпілих та угод з навчальними закладами про перенавчання осіб з інвалідністю. При реалізації зазначених положень проблема з відшкодуванням витрат буде практично усунена, адже соціально-медичні послуги будуть надаватися в натуральному вигляді, що в загальному дасть можливість не тільки уникнути чисельних судових процесів по стягненню коштів з Фонду, але й буде сприяти ефективності витрачання коштів, спрощенню системи одержання послуг для потерпілих осіб, забезпечить ефективність лікування і, як наслідок, це повинно сприяти реабілітації потерпілого та його соціальної реінтеграції.

В процесі реформування чинного законодавства у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві необхідно орієнтуватися на те, що на сьогоднішні тенденції розвитку правового регулювання соціального страхування від нещасного випадку на виробництві спрямовані на створення в державах превентивних програм страхування від нещасних випадків та професійних захворювань на виробництві.

Зазвичай, в іноземних державах програми страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань передбачають організацію профілактичного медичного огляду у власних медичних установах. В Україні ж відсутність дієвої політики в області охорони здоров'я та відновлення здоров'я працюючих призвело до руйнування системи профілактики захворювань та первинної медико-санітарної допомоги працівникам. Сьогоднішній стан медико-санітарного забезпечення унеможливує ефективну диспансеризацію працівників та своєчасне проведення профілактичних та реабілітаційних заходів, скерованих на підтримку та відновлення здоров'я працюючих.

Окрім того, якщо вже трапився нещасний випадок на виробництві, то всі сили повинні бути спрямовано на реабілітацію (медичну, психологічну, професійну, соціальну) та реінтеграцію потерпілого. Так, в Німеччині соціальна підтримка є елементом соціальної реінтеграції. Ця допомога сприяє участі в суспільному житті і вирішує побутові проблеми, недоліки житлових приміщень і транспортних засобів. Потерпілі отримують підтримку, наприклад, в обладнанні їх будинків (обладнання санітарних вузлів, установка широких дверей, ліфтів, пандусів)¹.

Проблемою також є відсутність аналізу показників повної, часткової та сумарної реабілітації осіб з інвалідністю від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. Необхідно керуватися у визначенні ефектив-

¹ Occupational and social rehabilitation. – URL: <http://www.dguv.de/en/benefits/rehabilitation/index.jsp>.

ності реабілітації потерпілих перш за все показниками реабілітації осіб з інвалідністю, а не кількістю витрачених коштів. Сумарний показник реабілітації осіб з інвалідністю – характеризує ефективність медичних, психологічних, соціально-економічних заходів, спрямованих на часткову компенсацію втрати працездатності. Потрібно виходити з цифр за результатами повторного огляду, внаслідок здійснених заходів з медико-соціальної реабілітації: скільком особам при черговому переогляді групи інвалідності не встановлено, а скількох переведено на меншу групи.

Отже, необхідно змінювати концептуальний підхід правового регулювання у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. Перш за все повинна забезпечуватися всебічна профілактика нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. Також система соціального страхування від нещасних випадків на виробництві повинна змінюватися і бути спрямована на відновлення працездатності потерпілого з урахуванням показників реабілітації як засобу моніторингу ефективності соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання.

Євгенія Тупицька,

*к. ю. н., доцент кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(Харків)*

ЩОДО ПОНЯТТЯ ГРОШОВОГО БОРГУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Проблеми визначення таких правових понять, як «борг» та «зобов'язання» цікавили багатьох правників дореволюційного, радянського та сучасного періодів. Останнім часом у вітчизняній літературі також здійснено чимало наукових досліджень, присвячених окремим аспектам зобов'язального права й окремим видам цивільно-правових договорів. Що стосується аналізу загального поняття грошового боргу та грошового боргового зобов'язання, це питання не повністю висвітлювались у науковій літературі.

Термін «борг» зустрічається в законодавстві, але офіційного доктринального визначення це поняття не має, тому воно й досі залишається загальноживаним словом. Етимологічний аналіз показує, що слово борг походить від латинського *debitum* (як зобов'язання), що означає «бути в боргу» (заборгувати). Англійський варіант представляє слово *debt* (борг). В англо-американській правовій системі категорія боргу широко застосовується як у сенсі вимоги за грошовим зобов'язанням, так і в сенсі вимоги щодо отримання певного майна. В українській мові термін «борг» має подвійне значення. По-перше, під ним розуміють певний обов'язок (зобов'язання), а по-друге, у якості боргу роз-

глядають позикове зобов'язання в цивільно-правовому сенсі¹. Етимологія досліджуваного слова дозволяє припустити, що борг — це певний стан особи, на яку покладається обов'язок. Борг, який усвідомлюється особистістю як «безумовна необхідність виконання того, що сповідується моральним ідеалом», є, так би мовити, внутрішнім спонуканням. Ця моральна вимога висувається особі як певне побажання іншої особи. Таке визначення вказує на філософський аспект розуміння поняття боргу. Взагалі, філософська наука розглядає категорію боргу неоднозначно. З одного боку, під боргом розуміється певний примус діяти в відповідності зі встановленими потребами, а з іншого боку, кантівська філософія розглядає борг як додержання слова чи зобов'язання, а не примус]. Щодо правової категорії боргу, то вона, на нашу думку, повинна розглядатися разом із філософською та забезпечуватися зовнішнім примусом закону чи договору.

Що стосується питання грошового боргового зобов'язання, слід зазначити, що розробником цієї концепції був відомий цивіліст Л.А. Лунц. На думку правника грошовим зобов'язанням є обов'язок сплатити грошовий борг, тобто дії боржника, спрямовані на передачу встановленої суми грошових одиниць². У доктрині цивільного права така позиція не є безумовною. Так, Ф.К. Сави́нь вважав, що предметом грошового боргу є певна цінність, виражена у невизначеній сумі грошових одиниць³.

Користуючись термінологією англо-американської системи права, основним грошовим боргом є зустрічне виконання, яке одна сторона надає іншій в обмін за вже отримані товари, роботи і послуги. Даний висновок пояснюється специфікою економічної природи грошей (у порівнянні з іншими речами, визначеними родовими ознаками), оскільки гроші у цивільному обороті мають значення інструменту кредитування, універсального та єдиного еквівалента (мірила) вартості, що застосовується в будь-якій сфері правовідносин.

Усі відплатні типи договорів можна розділити на дві групи, до першої відносяться договори, в яких погашення грошового боргу є основним змістом зобов'язання, до другої — договори, в яких сплата грошового боргу становить зустрічне виконання, що здійснюється боржником. Характер обов'язку боржника а також принципи його виконання не різняться залежно від типу договору, відмінності встановлюються лише у випадку застосування санкцій стосовно недобросовісного боржника. Розмір зустрічного виконання, що здійснюється шляхом сплати винагороди за передані товари, виконані роботи, надані послуги визначається як істотна умова договору лише в окремих випадках

¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка : 70000 слов / С. И. Ожегов. — М. : Рус. яз., 1991. — С. 141.

² Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве / Л. А. Лунц. — М. : Статут, 1999. — С. 105-107.

³ Сави́нь Ф. К. Обязательственное право: пер. с нем. / Ф. К. Сави́нь. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 303-311.

(ст. ст. 695, 737, 762, 797, 820, 982, 1035 ЦК України) з урахуванням важливості відповідних цивільно-правових зобов'язань. Останню групу договорів характеризує включення грошового боргу у зміст зобов'язання, що виникає з двостороннього договору. У зв'язку з цим вбачається незрозумілою позиція деяких правників, що пропонують вважати критерієм самостійності зобов'язання те, наскільки його існування пов'язане з іншим зобов'язанням. Як висновок з такої думки, грошові зобов'язання, що виникають з двосторонніх договорів однозначно вважаються не самостійними. У зв'язку з цим, при класифікації зобов'язань доводиться принципова неможливість виділяти в окрему групу грошові зобов'язання. Внаслідок нерозривних внутрішніх зв'язків змісту зобов'язань такий підхід вбачається неправильним. Поділ цивільно-правових зобов'язань на види залежно від взаємної обумовленості обов'язків сторін є досить сумнівним. Із сутності поняття «зміст зобов'язання» випливає, що він завжди є взаємообумовлений відповідними правами та обов'язками сторін. Вступаючи в цивільні зобов'язальні правовідносини сторони прагнуть досягти поставленої мети. Найістотніші юридичні ознаки зобов'язання формуються його предметом, ним же визначається ступінь взаємної обумовленості прав та обов'язків сторін у зобов'язанні.

Обов'язок сплатити борг, в тому числі і грошовий, є відмінною ознакою позиково-кредитних правовідносин, що, у свою чергу, дає змогу визнати їх універсальність у комерційному цивільному обороті. Норми, присвячені регулюванню таких відносин, можна застосувати до всіх зобов'язань в яких передбачається не одночасне вчинення сторонами своїх зустрічних обов'язків – попереднє виконання, відстрочення або розстрочення зустрічного виконання. Отже норми закону, що стосуються позики є найбільш загальними щодо будь-якого грошового зобов'язання і, за відсутності відповідного правового регулювання, можуть застосовуватись за аналогією закону. У зв'язку з цим слушним вважається висновок О. С. Йоффе, який зазначав, що «позика та борг, що виникає з інших правочинів, є однопорядковими явищами – кредитом в економічному сенсі слова, у форму позики можна перетворити будь-який борг, незалежно від підстави його виникнення, купівлі-продажу, найму (оренди), чи з іншої підстави»¹.

Узагальнюючи вищезазначене можна зробити висновок, що поняття «боргу» розглядається різними суспільними науками. З точки зору права, воно включає в себе поняття «обов'язок» в цивільно-правовому аспекті, власний психічний примус діяти належним чином та тісно пов'язане із поняттям відповідальності за зобов'язанням. Борг виникає у разі невиконання сторонами своїх обов'язків у будь-яких правовідносинах, зокрема у грошових. Зобов'язання, які характеризуються включенням грошового боргу в їх зміст можна виділити

¹ Йоффе О. С. Советское гражданское право. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах : курс лекций / О. С. Йоффе. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1958. – С. 452.

в окрему групу цивільно-правових зобов'язань, центральне місце в якій займає договір позики. Норми, присвячені регулюванню позикових відносин можна застосувати до всіх зобов'язань в яких передбачається не одночасне вчинення сторонами своїх зустрічних обов'язків – попереднє виконання, відстрочення або розстрочення зустрічного виконання.

Вікторія Улиганець,

*аспірант відділу міжнародного права та порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ КОМІСІЇ З ПОСЕРЕДНИЦТВА, ПРИМИРЕННЯ ТА АРБИТРАЖУ ОРГАНІЗАЦІЇ АФРИКАНСЬКОЇ ЄДНОСТІ

Мирне та правомірне вирішення міжнародних конфліктів є невід'ємною частиною будь-яких міждержавних відносин та першочерговою метою створення судової чи квазісудової установи, юрисдикція якої поширюється на ті чи інші відносини. Безперечно, процес підготовки установчого документу такого суду є складним та довгим процесом, адже створена правова модель суду повинна відповідати реальним потребам держав-членів та має стати ефективним механізмом вирішення конфліктів.

Прийняття на 25 сесії Генеральної Асамблеї Організацією Об'єднаних Націй (далі – ООН) Декларації про надання незалежності колоніальним державам і народам¹ ознаменувало, окрім іншого, новий етап у розвитку правових систем держав Африки та трансформацію зовнішньополітичної діяльності останніх. Усвідомлюючи виклики, які стоять перед африканським континентом, 25 травня 1963 р. у м. Аддис-Абеба (Ефіопія) за участі глав держав та урядів було прийнято установчий документ Організації Африканської Єдності².

Преамбулою та ч. 1 ст. 2 Статуту Організації Африканської Єдності (далі – ОАЄ) відображалися наміри та прагнення забезпечити законні інтереси африканських народів на свободу, рівність, справедливість і гідність, сприяти співпраці між африканськими народами і докладати зусилля задля досягнення єдності, яка перевершить етнічні та національні відмінності, зберегти і закріпити завойовану незалежність, а також суверенітет і територіальну цілісність африканських держав, створити і зміцнити загальні інститути для втілення положень цього Статуту, боротися проти неокolonіалізму у всіх його формах та проявах, сприяти міжнародній співпраці, дотримуватись принципів, які

¹ General Act of the Conference of Berlin Concerning the Congo (1885). The American Journal of International, 1909. Vol. 3, No. 1. Supplement: Official Documents. PP. 7–25.

² OAU Charter (1963) Сайт «African Union». – URL: https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7759-file-oau_charter_1963.pdf 11 p. (дата звернення – 11.10.2017 р.).

закладені в Статуті ООН і Загальній декларації прав людини, створити умови для миру і безпеки, адже тільки за таких умов може бути прогрес та втілення вищезгаданих цілей¹.

З метою забезпечення та втілення в життя прописаних вище намірів було створено чотири підрозділи ОАЄ: 1) Асамблея глав держав та урядів; 2) Рада міністрів; 3) Генеральний секретаріат; 4) Комісія посередництва, примирення та арбітражу³ (далі – КППА). Проте регламентація діяльності останньої не була передбачена Статутом, а тільки 21 липня 1964 р. в м. Каїр (Єгипет) Асамблеєю ОАЄ було затверджено Протокол КППА, який підлягав підписанню державами-членами ОАЄ⁴.

До прийняття Протоколу КППА постала потреба вирішити спір між державами-учасниками, що був зумовлений довготривалим територіальним конфліктом між Алжиром та Марокко. За роки колоніального правління Францією територіями Марокко та Алжиру неодноразово змінювалися територіальні кордони, які пролягали по оазису Тіндуф. Після отримання незалежності у 1956 р. Марокко висунуло свої претензії на 200 км території Алжиру, а восени 1963 р. розпочався воєнний конфлікт⁵.

З огляду на нагальну необхідність врегулювати алжиро-марокканський конфлікт мирними засобами активно включилися лідери низки африканських держав. Невдовзі прийняли рішення, що внаслідок відсутності передбаченої Статутом ОАЄ Комісії (на той момент ще не створена), керуючись ст. 4 Бамаканського комюніке, буде створено комісія ad hoc до складу якої ввійде Ефіопія, Берег Слонової Кості, Малі, Нігерія, Сенегал, Судан та Танганьїка⁶.

Комісія з вирішення суперечки між Марокко та Алжиром була створена 18 листопада 1963 р.⁷ і стала першою квазісудовою установою в межах ОАЄ. Безперечно, варто відзначити, що немає єдиних критеріїв, за якими можна іден-

¹ OAU Charter (1963) Сайт «African Union». URL: https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7759-file-oau_charter_1963.pdf 1 р. (дата звернення – 11.10.2017 р.).

² Africa and international organization / Ed. by Y. El-Ayouty, H.C. Brooks. The Hague: Martinus Nijhoff, 1974. 13, 45, 68 p.

³ OAU Charter (1963) Сайт «African Union». – URL: https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7759-file-oau_charter_1963.pdf P. 5 (дата звернення – 11.10.2017 р.).

⁴ Organization of African Unity: Protocol of the c. American Society of International Law. 1964. Vol. 3, No. 6. P. 1116. Сайт «JSTOR». – URL: http://www.jstor.org/stable/20689845?seq=1#page_scan_tab_contents (дата звернення – 11.10.2017 р.).

⁵ Algeria: A Country Study / Ed. by H.C. Metz. Washington: GPO for the Library of Congress, 1994 Сайт «Country Studies». – URL: <http://countrystudies.us/algeria/157.htm> (дата звернення – 11.10.2017 р.).

⁶ Resolution of the first extra-ordinary session of the Council of ministers held in Addis Ababa, Ethiopia, from 15 to 18 November 1963. 2 p. Сайт «African Union». – URL: https://www.au.int/web/sites/default/files/decisions/9571-council_en_15_18_november_1963_council_ministers_first_extra_ordinary_session.pdf (дата звернення – 12.10.2017 р.).

⁷ Бондарев И.М. Система международных судебных учреждений: Учебное пособие. Москва: ЮРКНИГА, 2004. 252 с.

тифікувати установу, як таку, що є квазісудовою. Попри це, ознайомившись із низкою праць можна сформулювати наступні критерії: 1) орган може бути постійно діючим або *ad hoc*, 2) контролює дотримання норм міжнародного права, 3) в разі порушення виносить рішення про вирішення цього спору, 4) не уповноважена виносити остаточні та обов'язкові рішення з питань міжнародного права; 5) за часту механізми здійснення впливу і процедури не чітко прописані з метою забезпечення можливості вирішувати непередбачувані обставини та застосовувати творчий підхід.

Відповідно до виділених нами критеріїв варто проаналізувати комісію *ad hoc* на відповідність їм. По-перше, передбачалося, що вона вирішуватиме спори на основі договору між сторонами-учасниками, міжнародного права, Статуту ОАЄ, Статуту ООН та за принципом *ex aequo et bono* – по добру та справедливості. По-друге, перед нею ставилась мета – знайти компромісне рішення спору між Алжиром та Марокко, тобто її рішення не могло носити зобов'язальної сили, а тільки рекомендаційних характер.

Відповідність даним критеріям є підтвердженням тези про те, що першою квазісудовою установою в складі ОАЄ стала комісія *ad hoc* з вирішення алжиро-марокканського воєнного конфлікту.

Незабаром було створено постійно діючу Комісія з посередництва, примирення і арбітражу, яка складалася із трьох органів в компетенцію якої входило вирішувати спори між державами-учасниками та державами, що не є членом¹. Звертатись до КППА могли сторони або будь-яка із сторін конфлікту, Рада міністрів або ж Асамблея ОАЄ, а в разі відмови стороною визнавати юрисдикцію Комісії справа передавалася на розгляд Раді міністрів². Разом із цим, ст. 19 Протоколу КППА передбачалося, що сторони у разі виникнення спору можуть удатися до будь-якого із запропонованих альтернативних шляхів вирішення конфлікту, зокрема: посередництво, примирення або ж арбітраж, а також значна увага приділялася вищезгаданим процедурам³.

Попри запропоновані альтернативні механізми вирішення спорів та в умовах, коли африканський континент потерпав від територіальних конфліктів до КППА не було подано жодної справи на розгляд. Варто відзначити, що не тільки держави-члени не зверталися до вищезгаданої Комісії, але й Рада міністрів і Асамблея ОАЄ, будучи уповноваженими, не ініціювали розгляду справ. Вочевидь це можна розцінювати як усвідомлення самими ініціаторами

¹ Peaslee A. J. *International Governmental Organizations: Constitutional Documents*. 3rd rev. ed. Part 1. 1974, Vol. 1. The Hague: Brill. P. 1174.

² Munya P. M. *The Organization of African Unity and Its Role in Regional Conflict Resolution and Dispute Settlement: A Critical Evaluation*. Boston College Third World Law Journal, 1999. Vol. 19, Iss. 2. P. 548-549.

³ *Organization of African Unity: Protocol of the c. American Society of International Law*. 1964. Vol. 3, No. 6. P. 1116. Сайт «JSTOR». – URL: http://www.jstor.org/stable/20689845?seq=1#page_scan_tab_contents (дата звернення – 12.10.2017 р.).

та розробниками Протоколу КППА неспроможності даної квазісудової установи задовольняти потреби держав-членів. Хоча, як свідчить справа між Марокко та Алжиром, потреба в судовому органі була і, до речі, ОАЄ показала свою спроможність в короткі терміни організовуватись та вирішувати спори. В умовах, коли новостворена Організація ще не мала постійно діючого органу з вирішення спорів, ОАЄ зуміла протягом 3 місяців створити комісію ad hoc та досягти бажаного результату — припинити збройний конфлікт.

Перш за все, недолік Комісії полягав у відсутності прописаного механізму приведення в дію рішень та термінів його виконання. Таким чином жодне рішення не мало зобов'язальної сили, а відповідно носило виключно рекомендаційний характер. Фактично було пропозицією до сторін вирішити спір певним чином. По-друге, процедура звернення та розгляду справи передбачала відносно тривалий час, що схиляло конфліктуючі сторони звертатися до більш швидкого та спрощеного варіанту вирішення справи — добрих послуг.

Підводячи підсумок варто відзначити, що в перші місяці своєї роботи ОАЄ показала спроможність до швидкої організації, пошуку ефективних механізмів та вирішення проблем, до прикладу, як це було із комісією ad hoc по алжиро-марокканському конфлікту. В наступні роки своєї діяльності ОАЄ утверджувала поставлені перед собою завдання, зокрема, шляхом створення КППА, але, незважаючи на всі переваги для держав Африки, які створювалися із заснуванням Комісії, вона виявилась такою, що не відповідає потребам того періоду в силу неспроможності динамічно вирішувати конфлікти.

Олег Халабуденко,
доктор права, доцент,
Міжнародний вільний університет Молдови (ULIM)

РЕФОРМА ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА: НЕКОТОРЫЕ КРИТИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ В ОТНОШЕНИИ ОБЩЕЙ ЧАСТИ И ПРАВА ЛИЦ

В юрисдикциях гражданского права, к которым относится Республика Молдова, центральное место в системе гражданского законодательства занимает Гражданский кодекс. Здесь принято считать, что свобода совершения актов субъектами гражданского права подлежит регламентации со стороны правопорядка, который на диспозитивных началах предлагает участникам правового общения приемлемые, с точки зрения самого правопорядка, нормативные правила (правила поведения). Основой построения гражданских кодексов, независимо от системы организации правового материала, исторически служат конструкции римского права. Последующее «развитие» гражданского законодательства происходит посредством имплементации типизированных юридических конструкций, выработанных в различных правовых правопоряд-

ках в корпус национального права. Такой подход к пониманию гражданского права порождает неизбежную законодательную инфляцию, выражающуюся в стремлении перманентной модификации действующих гражданских кодексов. Исключением не являются предложенные рабочей группой по модификации и дополнениям гражданского кодекса Республики Молдова изменения в действующую его редакцию, предложенные в виде Проекта в текущем 2017 г.

В основу заимствований для модификации Гражданского кодекса Республики Молдова легли положения Draft Common Frame of References, актуальные редакции Германского гражданского кодекса, Французского гражданского кодекса, гражданских кодексов Италии, Нидерландов, Чехии, Венгрии, Аргентины, Румынии, России, закон о частном праве Эстонии, а также отдельные директивы ЕС.

Рассматриваемый Проект предусматривает дополнение базовых принципов гражданского законодательства принципами защиты личной (интимной), частной и семейной жизни, добросовестности и защиты прав потребителей. При этом нормы о защите прав потребителей предполагаются односторонне императивными в том случае, когда стороной отношения выступает потребитель. Таким образом, гражданское законодательство Республики Молдовы после модификации объединит с единым массивом норм основные положения о защите прав потребителей в частноправовых отношениях.

Проект предусматривает раскрытие понятий «добросовестность» и «разумность», которыми следует руководствоваться участникам правового общения при установлении, изменении, прекращении гражданских прав и обязанностей. Добросовестность предполагает стандарт поведения, характеризующийся честностью, открытостью и уважением интересов другой стороны юридического акта или соответствующего правоотношения; разумность, в свою очередь, устанавливается объективно с учетом природы и цели совершаемого действия, обстоятельств дела, а также сложившихся обычаев и практики (ср. ч. (1) ст. I.-1:103 и соответственно ст. I.-1:104 DCFR).

Защита гражданских прав, согласно Проекту, должна исходить из принципа «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans* — никто не должен выслушивать ссылку на собственную безнравственность», согласно которому «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения».

Интересные новеллы предусматривает Проект в отношении определения убытков: наряду со ставшим традиционным подразделением вреда на материальный и моральный предлагается также дать определение «биологического вреда», который признается возникшим вследствие утраты или уменьшения способностей человеческого тела.

Проект предусматривает наделение особым правовым статусом физическое лицо, осуществляющее профессиональную, в том числе предпринимательскую деятельность. Наряду с постоянным местом жительства физиче-

ского лица, предлагается закрепить понятие «обычное место жительства». Последнее определяется наличием прочной правовой связью со страной своего происхождения, а при проживании в различных юрисдикциях — в частности наличием устойчивых семейных интересов и социальной активностью; квалифицирующим фактором при этом может выступать гражданство или наличие имущества на территории соответствующей юрисдикции. Место обычного проживания следует отличать от места временного проживания. Регистрация физического лица осуществляется по основному месту проживания. При наличии у физического лица «обычного места жительства» выбор места осуществления своих прав и исполнения обязанностей предоставляется стороне, совершающей юридический акт.

Проект предусматривает введение раздела, посвященного личным неимущественным правам, которые принадлежат любому физическому лицу, неотчуждаемы, бессрочны, в том числе с точки зрения действия охранительных норм, и защищаются в отношении любого, кто на них покусился. Речь идет о праве на жизнь, праве на здоровье, праве на физическую и психическую неприкосновенность, праве на свободу выражения, праве на имя, праве на защиту чести, достоинства и профессиональной репутации, праве на собственное изображение, праве на неприкосновенность личной, семейной и частной жизни, праве на защиту персональных данных, праве на сохранение доброй памяти и телесной оболочки после смерти, а также других признаваемых законом личных неимущественных правах.

Ряд существенных изменений Проект вносит в концепцию юридических лиц. В частности, предлагается закрепить возможность наличия у одного юридического лица нескольких управляющих; возможность назначения управляющим юридического лица другого юридического лица; возможность ограничения, установленного законом в отношении управляющего юридического лица при совершении им юридических актов; непротивопоставимое действие акта регистрации управляющего юридического лица в отношениях с третьими лицами.

Проект предусматривает закрепление правила, известного как *business judgment rule*, согласно которому управляющий юридического лица не несет ответственности за управленческие решения, хотя бы они в последующем и оказались ошибочными, если только он их не принял умышленно, зная или будучи обязанным знать о их вредоносном характере. В Проекте предлагается исключить различие между филиалами и представительствами, оставив на усмотрение юридического лица тот объем делегированной компетенции, которым наделяется соответствующее подразделение.

Проект предусматривает перенос основного массива норм, регулирующих деятельность акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью в сферу специального законодательства. Наряду с этим предлагается провести реорганизацию государственных и муниципальных предприятий, в

зависимости от сферы деятельности, либо в публичные учреждения, либо в акционерные общества или общества с ограниченной ответственностью соответственно.

На смену статусам аффилированных, зависимых, доминирующих предприятий и концернов предлагается закрепить единое понятие «группа юридических лиц», предусмотрев, что такая группа включает контролирующее юридическое лицо и контролируемые им юридические лица (филиалы).

Из раздела, посвященного некоммерческим юридическим лицам частного права, предлагается изъять публичные учреждения, поскольку они, по мнению разработчиков, являются юридическими лицами публичного права и определить их статус в разделе, содержащем нормы, регулирующих участие юридических лиц публичного права в гражданско-правовых отношениях. При этом юридическим лицом публичного права предлагается признавать такое юридическое лицо, которое учреждено на основании акта публичной власти и которое финансируется из бюджета соответствующего органа публичной власти. Публичные учреждения вправе, согласно Проекту, осуществлять любые виды деятельности на возмездной или безвозмездной основе.

Итак, анализ новелл, предлагаемых для имплементации в корпус гражданского законодательства Республики Молдова в общей части и праве лиц, свидетельствует о том, что его развитие видится разработчиками не системно. Следует заметить, что это одна из общих тенденций, характерная для юрисдикций постсоветского пространства. При этом здесь наблюдается общий метод, посредством которого осуществляется развитие гражданского законодательства — это рецепция готового правового материала, заимствованного из различных близких правовых культур, объединенных, однако, общей правовой традицией.

Роксолана Ханик-Посполітак,
*к.ю.н., доцент, завідувач кафедри приватного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
(м. Київ)*

ЮРИСДИКЦІЇ СУДІВ В УКРАЇНІ: РЕАЛЬНА РЕФОРМА ЧИ КОНСЕРВАЦІЯ СИТУАЦІЇ

3 жовтня 2017 року був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (реєстраційний номер проекту 6232) (надалі — Закон).¹ У даному випадку, як видно з назви Закону суспільство отримує три процесуальні кодекси у новій редакції. Цей Закон є ще одним із актів оголошеної в Україні

¹ Проект Закону 6232. — URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

судової реформи та виконанням одного з пунктів Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки.¹

Однією з важливих процесуальних проблем, яку планувалося подолати в результаті прийняття даного Закону, було прописання чітких критеріїв розмежування юрисдикції між судами. Так, у пункті 1 Пояснювальної записки до Закону прямо зазначено: «Прийняття законопроекту «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» сприятиме подоланню процесуальних проблем, які перешкоджають ефективному судовому захисту в Україні, зокрема: ...недосконалість правил та неузгодженість в розмежуванні юрисдикції судів...».²

Питання розмежування юрисдикції між судами України стоїть гостро уже багато років як серед теоретиків, так ще більше серед практиків. На цю проблему неодноразово вказували: Д.М. Шадура³, Смокович М.І.⁴, В.О. Коверзев⁵, Дерев'янка Б.В.⁶ та інші.

Значних зусиль для вирішення цієї проблеми докладали й суди. В останні роки було прийнято низку Постанов з цього питання, зокрема: «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» від 20.05.2013 р. № 8⁷; «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» від 01.03.2013 р. № 3⁸; «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» від 24.10.2011 р. № 10⁹.

¹ Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>

² Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». – URL: – http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

³ Шадура Д.М. Цивільна юрисдикція: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Д.М. Шадура ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. – Х., 2008. – с.3;

⁴ Смокович М.І. Проблеми розмежування судової юрисдикції та визначення компетенції адміністративних судів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / М.І. Смокович ; Акад. упр. МВС. – К., 2010. – 20 с.

⁵ Коверзев В.О. Розмежування юрисдикції адміністративних і господарських судів України: проблеми теорії та практики. – URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?...2...

⁶ Дерев'янка Б.В. Окремі проблемні питання розмежування юрисдикції між адміністративними та господарськими судами. – URL: https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/.../1/Derevyanko_Shrey_2017.PDF

⁷ Постанова Пленуму Вишого адміністративного суду України «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» – URL – <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13>

⁸ Постанова Пленуму Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ». – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13>

⁹ Постанова Пленуму Вишого господарського суду України «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам». – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-11>

Але, незважаючи на усі зусилля, більшість теоретиків та практиків й надалі констатували факт проблеми розмежування юрисдикції між цивільними, господарськими й адміністративними судами. Так чи вирішив дану проблему Закон?

До набрання чинності Законом (тобто станом на жовтень 2017 року) критеріями розмежування компетенції між судами є: суб'єктний склад та предмет спору. Розмежування юрисдикцій здійснюється відповідно до ст.ст. 15, 16 ЦПК України¹, ст.ст. 1, 12 ГПК України² та ст.ст. 2, 17 КАС України³. Хоча, якщо проаналізувати ст. 15 ЦПК України, то можна побачити, що у ній не передбачено такого критерію як суб'єктний склад спірних правовідносин⁴ на відміну від ЦПК УРСР, де у ст. 24 прямо на це вказувалося⁵. Однак, суди, виходячи із усталеної практики, й надалі використовували у своїй практиці цей критерій, особливо при розмежування компетенції між цивільним та господарським судами. Про що прямо вказувалося у вищезазначених постановках різних судів. Наприклад, у п. 3 Постанови Пленуму ВССУ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» від 01.03.2013 р. № 3 вказано: «У зв'язку з наведеним суди мають виходити з того, що критеріями відмежування справ цивільної юрисдикції від інших є, по-перше, наявність у них спору про право цивільне (справи за позовами, що виникають із будь-яких правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства), по-друге, суб'єктний склад такого спору (однією зі сторін у спорі є, як правило, фізична особа).»⁶

Закон, виходячи з пояснювальної записки до нього (п.3.3), тепер в першу чергу буде виходити у цьому питанні з предмету спору, а не суб'єктного складу.⁷

Проаналізувавши та порівнявши відповідні норми Закону, а саме статей 21 ГПК, 20 ЦПК та 19 КАСУ з чинними нормами процесуальних кодексів щодо

¹ Цивільний процесуальний кодекс України 2004 року. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> – Дата звернення 12.10.2017 р.

² Господарський процесуальний кодекс України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> – Дата звернення 12.10.2017 р.

³ Кодекс адміністративного судочинства України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> – Дата звернення 12.10.2017 р.

⁴ Снідевич О.С. Проблеми розмежування юрисдикцій // О.С. Снідевич. – Вісник Вищої ради юстиції. – № 2 (10) 2012. – с. 41

⁵ Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1963 року. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1501-06>

⁶ Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ». – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13>

⁷ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=6145

юрисдикції, то, вважаю, що істотних змін внесено не було. А відтак, на нашу думку, не можна говорити про вирішення проблеми розмежування юрисдикції між судами. Варто погодитися з думкою Р. Куйбіди, що закон об'єктивно не може чітко прописувати всі випадки життя, він повинен давати лише орієнтири (критерії) для визначення виду тих чи інших справ.¹ Однак, все ж таки, вважаю, практики чекали в цьому питанні більш чітких критеріїв.

Отже, на нашу думку, Закон так чітко і не прописав критеріїв розмежування юрисдикції між судами. А відтак і не вирішив проблему розмежування компетенції між цивільними, господарськими та адміністративними судами.

Татевік Харатян,
*здобувач кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(Харків)*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА СУМІЖНИХ ІЗ НИМ ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ІНТЕНСИФІКАЦІЇ БІОТЕХНОЛОГІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Правова регламентація суспільних відносин у сфері застосування сучасних біотехнологій прямо пов'язана із забезпеченням захисту конституційного права людини на життя, а також тісно пов'язаних із ним (суміжних) прав – на охорону здоров'я, на безпечне для життя довкілля, вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту.

Поняття «біотехнологія» у максимальному широкому розумінні охоплює усі технології, в основі яких лежить використання живих організмів та процесів, пов'язаних з їх життєдіяльністю. Людство ще в давні часи займалося біотехнологічною діяльністю – у хлібопеченні, приготуванні кисломолочних продуктів, виноробстві, силосуванні кормів тощо. Однак лише у другій половині ХХ століття відбулась біотехнологічна революція² як результат виникнення та розвитку так званих сучасних біотехнологій, що й зумовило виникнення нових проблем у сфері забезпечення основоположних прав людини.

Відповідно до пункту «і» статті 3 Картахенського протоколу про біобезпеку до Конвенції про біологічне різноманіття 2000 року «сучасна біотехнологія» означає застосування: методів *in vitro* з використанням нуклеїнової кислоти, включаючи рекомбіновану дезоксирибонуклеїнову кислоту (ДНК) і пряму ін'єкцію нуклеїнових кислот в клітини або органели, або методів, які ґрунту-

¹ Куйбіда Р. Межі адміністративної юрисдикції: спірні питання // Р. Куйбіда. – Юридичний вісник України. – 2007. – № 25 (625). – С. 6–7.

² Оксфордская иллюстрированная энциклопедия: в 9 т. Москва: Издательский Дом «Инфра-М», Издательство «Весь мир», 2002. Т. 6: Изобретения и технологии / редкол.: Т.Л. Комарова (глава) [и др.]. 416 с. – С. 29.

ються на злитті клітин з різним таксономічним статусом, які дозволяють подолати природні фізіологічні репродуктивні або рекомбінаційні бар'єри і які не є методами, що використовуються при традиційному схрещуванні та селекції¹.

Аналіз стану правової регламентації біотехнологічної діяльності та використання її результатів в Україні дає підстави для однозначного висновку про її недосконалість та неповноту. Єдиним вітчизняним офіційним документом, який містить правове визначення поняття «біотехнології», хоча й дуже далеке від досконалості та адекватності, є Державна програма розвитку промисловості на 2003–2011 роки, схвалена Постановою Кабінету Міністрів України від 28 липня 2003 року № 1174, яка вважається реалізованою. У цьому документі зазначається, що біотехнології – це виробництво біостимуляторів росту рослин, органомінеральних добрив комплексної дії, новітніх технологій виробництва антибіотиків, імунобіологічних препаратів, у тому числі імуноглобуліну різних видів, та засобів захисту тварин². Для визначень понять через вичерпний перелік принципово важливим є повне перерахування усіх необхідних елементів для забезпечення правильності та точності самого визначення. Разом із тим в аналізованому визначенні перелік є неповним, до нього не включено такі технології як генна інженерія живих організмів, генна терапія тощо.

Встановленню змісту понять «біотехнологія» та «біотехнологічна діяльність» може слугувати положення, яке міститься у підпункті 10 пункту 1 розділу II «Визначення термінів» Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення, затвердженого Наказом Міністерства охорони здоров'я України 26 серпня 2005 року № 426. Відповідно до зазначеного положення високотехнологічні (біотехнологічні) лікарські засоби – лікарські засоби, що містять діючі речовини, отримані за допомогою методів біотехнології, таких як: генно-інженерна технологія, клітинна інженерія, гібридомні технології, інженерна ензимологія та інженерна імунологія тощо³. Істотним недоліком цього визначення, на нашу думку, є фактичне отождолення понять «високотехнологічний» та «біотехнологічний». Поняття «високотехнологічний» є ширшим за своїм логічним обсягом ніж поняття

¹ Картахенський протокол про біобезпеку до Конвенції про біологічне різноманіття: міжнародний документ від 29.01.2000 р. – URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_935 (дата звернення: 18.10.2017).

² Державна програма розвитку промисловості на 2003–2011 роки: схвал. Постановою Кабінету Міністрів України від 28.07.2003 р. № 1174. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1174-2003-%D0%BF> (дата звернення: 18.10.2017).

³ Порядок проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: затв. Наказом Міністерства охорони здоров'я України 26.08.2005 р. № 426. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1210-15> (дата звернення: 18.10.2017).

«біотехнологічний», яке ним охоплюється. Позитивною є спроба нормативно-правового окреслення методів біотехнології, однак і тут, як бачимо, надано їх невичерпний перелік.

Інтенсифікація наукових досліджень, направлених на розробку та практичне застосування методів генної терапії у медицині, передусім для подолання спадкових та інших хвороб, застосування генної інженерії для внесення змін до людського геному та широкомасштабна трансгенізація інших живих організмів є проявами сучасної високотехнологічної діяльності людини, яка зумовлює цілий ряд проблем: правових, політико-економічних, соціально-культурних, етичних тощо. Для вирішення вказаних проблем необхідним є розроблення уніфікованих універсальних підходів до регламентації людської діяльності у відповідних сферах, які, у свою чергу, зроблять можливим функціонування повноцінного та дієвого механізму захисту низки фундаментальних прав людини від загроз, які може становити така діяльність.

Формування та поширення виключно оптимістичних уявлень про перспективи застосування сучасних біотехнологій, зокрема самими біотехнологами, та їх надмірна ідеалізація є перешкодою для запровадження повноцінної системи превенції та нейтралізації можливих згубних наслідків їх застосування. Саме таку позицію ми бачимо у науковій праці, присвяченій розкриттю сутності та призначення біотехнологій, Д. Кларка та Н. Паздернік, які щиро вірять, що технології можуть вирішити більшість проблем сучасності¹. На біотехнології цілком не безпідставно покладається значна надія досягнення позитивних результатів у сфері підвищення якості життя та рівня здоров'я. Разом із цим наукові знання в цій сфері та наявний досвід їх використання на сучасному етапі ще недостатні для упевненого досягнення запланованих результатів з мінімальними ризиками для захисту життя та здоров'я людини, біорізноманіття та екологічного добробуту на нашій планеті у цілому. Недарма вітчизняний законодавець включив до переліку основних загроз національній безпеці України «неконтрольоване ввезення в Україну екологічно небезпечних технологій, речовин, матеріалів і трансгенних рослин, збудників хвороб, небезпечних для людей, тварин, рослин і організмів, екологічно небезпечних продуктів», а також «посилення впливу шкідливих генетичних ефектів у популяціях живих організмів, зокрема генетично змінених організмів, та біотехнологій»² (стаття 7 Закону України «Про основи національної безпеки України»). У свою чергу, відповідно до Концепції Загальнодержавної програми збереження біорізноманіття на 2005-2025 роки, схваленій Розпорядженням Кабінету Міністрів

¹ Clark D., Pazdernik N. *Biotechnology: Applying the Genetic Revolution*. London: Elsevier Academic Press, 2009. 750 p. P. – 689.

² Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV. Дата оновлення: 09.07.2017. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/964-15> (дата звернення: 18.10.2017).

України від 22 вересня 2004 року № 675-р, до негативних факторів в сучасних умовах віднесено процеси, пов'язані з глобалізацією і біотехнологією¹. У зазначеному документі також стверджується, що виконання відповідної програми дасть змогу «враховувати ризики, пов'язані з появою живих змінених організмів, під час застосування біотехнологій»².

Потрібно розуміти, що сучасні біотехнології виступають не лише засобом реалізації правомірних цілей, наприклад, лікування спадкових та інших поки що невиліковних хвороб, але й можуть бути використані у протиправних, у тому числі, злочинних цілях. Разом із цим справедливо зазначити, що настання небажаних суспільно-небезпечних наслідків у результаті їх застосування з високою ймовірністю може настати і через необережність, недостатній контроль та тестування.

У багатьох країнах, насамперед країнах Європейського Союзу, в основі регулювання суспільних відносин у сфері сучасних біотехнологій покладено «запобіжний принцип» (англ. *precautionary principle*), дотримання якого вимагає обережного поводження із трансгенними організмами, а також особливого контролю з боку держави за вивільненням генетично модифікованих організмів у довкілля та обігом продукції, що містить генетично модифіковані організми та їх компоненти³. Цей принцип є оптимальним та цілком виправданим для застосування у сфері регламентації відносин, пов'язаних із багатьма продуктами (результатами) сучасної біотехнологічної діяльності, адже застосування сучасних біотехнологічних методів у терапевтичних чи фармацевтичних цілях без належного контролю за їх безпечністю та виправданістю, так само, як і використання у харчовій промисловості генетично модифікованих організмів, які не пройшли належних та достатніх перевірок на безпечність для життя та здоров'я людини, на предмет можливого негативного впливу на якість довкілля тощо, становить суттєві потенційні ризики для життя та здоров'я людини.

Про необхідність обережного ставлення до результатів генно-інженерної діяльності стверджується в Державній програмі розвитку внутрішнього виробництва, затвердженій Постановою Кабінету Міністрів України від 12 вересня 2011 року № 1130. У зазначеному документі наголошується на необхідності

¹ Концепція Загальнодержавної програми збереження біорізноманіття на 2005-2025 роки: схвал. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 р. № 675-р. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/675-2004-%D1%80> (дата звернення: 18.10.2017).

² Концепція Загальнодержавної програми збереження біорізноманіття на 2005-2025 роки: схвал. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 р. № 675-р. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/675-2004-%D1%80> (дата звернення: 18.10.2017).

³ Jesada R. Buyer Beware: An Exploration of Health Risks and Legal Policies in Favor of a Labeling Requirement for Genetically Modified Organisms. *Journal of Health Care Law & Policy*. 2011. Vol. 13, No. 30. P. 30-57. P. 32. – URL: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/appendix/3> (Last accessed: 18.10.2017).

унікати неконтрольованого розповсюдження генетично модифікованих організмів з метою забезпечення здоров'я населення від шкідливого впливу¹.

Таким чином, одним із першочергових завдань, які стоять перед людством сьогодні, є встановлення з метою забезпечення належного захисту та гарантування конституційного права людини на життя, а також тісно пов'язаних із ним (суміжних) прав без зволікань допустимих меж та принципів наукової діяльності людини у царині сучасних біотехнологій, передусім такої, яка здійснюється над людиною, із використанням людського генетичного матеріалу.

Ольга Храбатин,

*аспірантка кафедри Харківського національного університету
внутрішніх справ
(м. Івано-Франківськ)*

ОХОРОНА ПРАЦІ ЯК НЕВІД'ЄМНА СКЛАДОВА КОЛЕКТИВНОГО ДОГОВОРУ

Забезпечення належних умов праці і охорони праці є однією з основних гарантій держави і найважливішим напрямком діяльності як роботодавців так і органів державної влади. Держава покладає на роботодавців усіх форм власності обов'язки щодо організації на виробництві, місці роботи та кожному робочому місці безпечних умов праці. Такі безпечні умови праці охороняють природні права всіх без винятку найманих працівників.

Закон України «Про охорону праці» від 14.10.1992 р. включає систему правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних і лікувально-профілактичних заходів та засобів, спрямованих на збереження життя, здоров'я і працездатності людини у процесі трудової діяльності².

Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23.09.1999 р. заклав правову основу для формування механізму економічного стимулювання діяльності роботодавця щодо створення безпечних умов праці та захисту інтересів працівників, які постраждали на виробництві. Страхування від нещасного випадку є самостійним видом загальнообов'язкового державного соціального страхування, за допомогою якого здійснюється соціальний захист, охорона життя та здоров'я громадян у процесі їх трудової діяльності³.

¹ Державна програма розвитку внутрішнього виробництва: затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 12.09.2011 р. № 1130. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1130-2011-p> (дата звернення: 18.10.2017).

² Про охорону праці: Закон України від 14.10.1992 р. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2694-12>

³ Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності від 23.09. 1999р. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1105-14/ed20120323>

Цим законом передбачено обов'язок роботодавця страхувати свою відповідальність за шкоду, заподіяну здоров'ю працівника в процесі трудової діяльності. Дане положення закону дозволяє з однієї сторони створити механізм економічної зацікавленості, стимулу роботодавця у забезпеченні безпечних умов праці та зниженні виробничого травматизму і професійних захворювань, а з іншого підвищити соціальну захищеність таких працівників.

Якщо проаналізувати колективні договори більшості підприємств і установ, то можна дійти висновку, що в змісті останніх майже у кожному із них міститься розділ, присвячений охороні праці та створенню безпечних умов праці. Дана постановка такого питання повинна вказувати лише на одне – з охороною ніби все складається добре. Але у більшості випадків це лише формальність. Адже формула одна, яка повинна спрацювати: є кошти у підприємства, є охорона, якщо ж коштів нема, то і охорона праці залишається на рівні визначеному законодавством.

Принцип непогіршення умов праці був сформульований в Законі Української РСР від 20 березня 1991 року «Про внесення змін і доповнень до Кодексу законів про працю Української РСР при переході республіки до ринкової економіки». Закон підкреслив широту прав підприємств у встановленні додаткових пільг для працівників підприємства, установи, організації: в межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів можуть встановлювати додаткові порівняно з законодавством трудові і соціально побутові пільги для працівників, в тому числі це у повній мірі можна віднести до питань охорони праці. Разом з тим нині в чинному законодавстві не відтворено норми щодо підвищення мінімального рівня умов праці працівників у зв'язку з досягненням науки і техніки. У систему охорони праці включаються крім правових та інших заходів, організаційно – технічні заходи, а роботодавцю ставиться в обов'язок (ст. 153 КЗпП України) забезпечити безпечні умови праці для працівників даного підприємства.

Особливе значення для охорони життя і здоров'я працюючих має інформування їх про стан умов і охорони праці на робочому місці, про існуючий ризик ушкодження здоров'я, про забезпечення працівників спецодягом, засобами індивідуального захисту, що надаються їм, і які є обов'язковими для роботодавця. Роботодавець не має вимагати від працівника виконання роботи, поєднаної з явною небезпекою для життя, а також в умовах, що не відповідають законодавству про охорону праці (ст. 153 КЗпП України).

Виконання роботодавцем своїх обов'язків щодо забезпечення умов праці, що відповідають вимогам безпеки і гігієни – є насущною проблемою законодавчої і виконавчої гілок влади, оскільки на сьогодні більшість роботодавців, поспішаючи отримати прибуток, забувають про свої обов'язки. Тому дуже важливо, поряд із посиленням заходів відповідальності роботодавця створити в країні механізм економічного стимулювання, оскільки двадцятип'ятирічна дія Закону «Про охорону праці» від 14.10.1992 р. одноставно вказує на ту об-

ставину, що саме по собі покладення державою на роботодавця обов'язків щодо охорони праці не досягає відповідної мети, якщо немає економічної зацікавленості. База для створення такого правового механізму є. Так, відповідно до статті 13 Закону роботодавець зобов'язаний створити на робочому місці в кожному структурному підрозділі умови праці відповідно до нормативно-правових актів, а також забезпечити додержання вимог законодавства щодо прав працівників у галузі охорони праці. З цією метою роботодавець забезпечує функціонування системи управління охороною праці, а саме: створює відповідні служби і призначає посадових осіб, які забезпечують вирішення конкретних питань охорони праці, затверджує інструкції про їх обов'язки, права та відповідальність за виконання покладених на них функцій, а також контролює їх додержання; розробляє за участю сторін колективного договору і реалізує комплексні заходи для досягнення встановлених нормативів та підвищення існуючого рівня охорони праці; забезпечує виконання необхідних профілактичних заходів відповідно до обставин, що змінюються; впроваджує прогресивні технології, досягнення науки і техніки, засоби механізації та автоматизації виробництва, вимоги ергономіки, позитивний досвід з охорони праці тощо.

Окрім того Закон покладає на роботодавця забезпечення функціонування системи управління охороною праці на підприємствах, установах (ст.13). Таким чином, охоплений по суті весь перелік основних питань сфери безпеки і охорони праці. У цих умовах немає ніякого практичного сенсу в дублюванні зазначених норм в тексті колективного договору підприємства чи установи. Такі умови зазвичай називаються інформаційними, які просто ще раз нагадують про те, що дані норми регламентуються централізованим рівнем правового регулювання. Замість цього в колективний договір повинні бути включені конкретні заходи щодо дотримання та виконання зазначених вище вимог, які формують основні напрямки політики підприємства щодо забезпечення необхідних умов праці.

Отже, необхідно закріпити мінімум правових гарантій працюючим в сфері умов і охорони праці з боку держави, які повинні відповідати технічному рівню, досягнутому наукою і технікою щодо забезпечення здорових і безпечних умов праці.

При розробці проекту Трудового Кодексу та при внесенні змін і доповнень у чинний КЗпП України, пов'язаних із посиленням заходів відповідальності роботодавців за забезпечення вимог охорони праці на підприємствах, одночасно розробити правовий механізм економічної зацікавленості роботодавців щодо дотримання вимог безпеки і охорони праці.

Анастасія Чайковська,

*аспірант відділу проблем цивільного, трудового і підприємницького права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
(Київ)*

ПРАВОВА РЕФОРМА В АСПЕКТІ УДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМІВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОПЕРЕДЖЕННЯ ТА ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ КОНФЛІКТІВ

Останні роки численно наповнені змінами та реформами. Модернізація стосується майже усіх сфер правового життя суспільства. За останній час проводяться реформи державних правоохоронних органів, судова реформа, реформа адвокатури, реформується законодавство, у тому числі, процесуальні кодекси тощо. Безумовно, правова реформа повинна мати місце для вдосконалення законодавства та правоохоронних органів.

Розвиток та вдосконалення систем корпоративного законодавства та управління стали одним із основних напрямків реформування в Україні. Метою роботи є аналіз правової реформи в аспекті правового регулювання попередження та вирішення корпоративних конфліктів.

Перш за все необхідно навести ряд нових важливих законів та законопроектів, які стосуються сфери корпоративного управління:

1) 13.05.2016 року було зареєстровано проект Закону № 4666 «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»¹. Метою вказаного проекту є запровадження змін, що спрямовані на усунення невідповідних обмежень в діяльності товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю, вдосконалення правових механізмів захисту учасниками своїх прав та законних інтересів, формування атмосфери взаємної довіри між учасниками, наближення українського корпоративного законодавства до стандартів розвинутих країн та вимог Європейського Союзу, удосконалення загального законодавства, що впливає на корпоративне право.

2) Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 07.04.2015 № 289-VIII². Метою закону є з одного боку є дерегуляція господарської діяльності акціонерних товариств, а з іншого боку – запровадження більш високих вимог для публічних акціонерних товариств, акції яких включено до біржового реєстру.

3) 23.03.2017 року прийнято Закон України № 1983-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпора-

¹ Проект Закону про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю № 4666 від 13.05.2016. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59093

² Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 07.04.2015 № 289-VIII. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/289-19>.

тивного управління в акціонерних товариствах»¹. Закон був розроблений з метою сприяння підвищенню рівня корпоративного управління в господарських товариствах, захисту прав та інтересів інвесторів та адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

4) 03.10.2017 року прийнято законопроект № 6232 від 23.03.2017 року «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»². Необхідність прийняття вказаного законопроекту обумовлюється необхідністю як інституційних змін, так і змін процесуального законодавства для ефективної реалізації права на справедливий суд в Україні.

5) 03.04.2017 року було направлено Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів»³ на підпис Президенту України. Відповідно до пояснювальної записки до законопроекту з метою впровадження світового досвіду щодо удосконалення механізмів корпоративного управління в акціонерних товариствах та товариствах з обмеженою відповідальністю пропонується ввести до законодавства України норми щодо укладення корпоративних договорів – договорів про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю та договорів між акціонерами.

6) Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення реалізації права на конвертацію грошових вимог до товариства на внесок до його статутного капіталу» № 2764⁴ від 30.04.2015 року. Проект Закону обґрунтований необхідністю адаптації окремих положень законодавства України, що регулюють створення та порядок діяльності господарських товариств, до європейської правової практики в частині забезпечення реалізації права на конвертацію грошових вимог до товариства на внесок до його статутного капіталу.

7) Проект Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо

¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах». – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1983-19>.

² Проект Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232 від 23.03.2017 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.

³ Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів». – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58790.

⁴ Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення реалізації права на конвертацію грошових вимог до товариства на внесок до його статутного капіталу» № 2764 від 30.04.2015 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54996.

ПРАВОВА РЕФОРМА: КОНЦЕПЦІЯ, МЕТА, ВПРОВАДЖЕННЯ

врегулювання питання участі акціонерів в управлінні акціонерним товариством» № 5043 від 26.08.2016 року¹ та інші.

Наведені вище акти можна назвати основою реформування корпоративного права та корпоративного управління в Україні.

Аналіз вищенаведених актів дозволяє виділити наступні запропоновані нововведення:

1) корпоративні договори, які в міжнародній практиці відомі під назвою «shareholder agreements». Пропонується забезпечити учасникам господарського товариства значний простір для врегулювання своїх відносин за допомогою договорів.

2) регулювання питання щодо надання права міноритарним акціонерам вимагати від акціонера – власника 95 відсотків акцій товариства обов'язкового придбання за справедливою ціною акцій, що належать таким міноритарним акціонерам (sell-out) і надання права акціонеру – власнику 95 відсотків акцій товариства вимагати від міноритарних акціонерів обов'язкового продажу належних їм акцій (squeeze-out).

3) започаткування механізму рахунка умовного зберігання (ескроу) який має надати можливість удосконалення здійснення розрахунків за придбані акції;

4) запровадження похідного позову (право міноритарного акціонера подати позов в інтересах товариства про відшкодування збитків) та впровадження відповідальності посадових осіб господарських товариств у випадку завдання шкоди товариству їхніми неправомірними діями;

5) встановлення порядку визнання правочину, вчиненого посадовою особою, недійсним та повернення прибутку, отриманого за результатами такого правочину та надання права позивачу на отримання відшкодування від товариства своїх витрат у зв'язку з судовим розглядом справи за позовом до посадової особи товариства про відшкодування завданих товариству збитків – у межах фактично одержаних товариством сум та інше.

Вбачається, що узгоджене та гармонічне реформування корпоративного законодавства дозволить максимально знизити ризики виникнення корпоративних конфліктів.

¹ Проект Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо врегулювання питання участі акціонерів в управлінні акціонерним товариством № 5043 від 26.08.2016 року. – URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59899.

Галія Чанишева,
*д.ю.н., професор, декан соціально-правового факультету,
член-кореспондент НАПрН України*
Рашид Чанишев,
*к.ю.н., доцент, доцент кафедри інформаційних технологій
Національного університету «Одеська юридична академія»
(Одеса)*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБМІНУ ІНФОРМАЦІЄЮ МІЖ СТОРОНАМИ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СФЕРІ ПРАЦІ

Відповідно до частини першої ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» соціальний діалог здійснюється між сторонами соціального діалогу відповідного рівня у формах: обміну інформацією; консультацій; узгоджувальних процедур; колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод.

Далі у частині другій зазначеної статті закріплюються мета і порядок обміну інформацією. Передбачається, що обмін інформацією здійснюється з метою з'ясування позицій, досягнення домовленостей, пошуку компромісу і прийняття спільних рішень з питань економічної та соціальної політики.

Порядок обміну інформацією визначається сторонами. Жодна із сторін не може відмовити в наданні інформації, крім випадків, якщо така інформація відповідно до закону належить до інформації з обмеженим доступом.

Обмін інформацією відрізняється від інших форм соціального діалогу (консультацій, узгоджувальних процедур, колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод) за метою, способом регулювання, строками, порядком ведення, правовими наслідками.

Що стосується зазначеної вище мети обміну інформацією, то позиція законодавця з цього питання викликає заперечення. У даному випадку мета обміну інформацією частково співпадає з поняттям соціального діалогу, визначеному у ст. 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні». Отже, формулювання мети обміну інформацією через сутність поняття соціального діалогу не є прийнятним. У даному випадку метою обміну інформації може бути визнано здійснення взаємного контролю за виконанням узятих зобов'язань, реалізацією спільних проєктів і програм тощо.

Аналіз змісту частини другої ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» дозволяє визначити наступні характерні ознаки обміну інформацією як форми здійснення соціального діалогу.

Із ст.8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» слідує, що обмін інформацією як форма соціального діалогу здійснюється на національному, галузевому, територіальному і локальному рівнях сторонами соціального діалогу, як вони визначені ст.4 зазначеного Закону. На національному, галузе-

вому і територіальному рівнях сторонами соціального діалогу є профспілкова сторона, сторона роботодавців і сторона органів виконавчої влади. Кожна із зазначених сторін має своїх представників, які у ст. 4 називаються суб'єктами відповідно профспілкової сторони, сторони роботодавців і сторони органів виконавчої влади.

Таким чином, особливостями національної моделі обміну інформацією є те, що дана форма соціального діалогу здійснюється на всіх його рівнях, по-перше, а по-друге, йдеться про взаємне надання інформації сторонами соціального діалогу, а не тільки про одностороннє надання інформації роботодавцем представникам працівників.

Порядок обміну інформацією не регламентується законом, на відміну, наприклад, від колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод. Даний порядок недостатньо врегульований законодавчими актами про статус сторін соціального діалогу. Так, згідно з частиною першою ст. 28 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» профспілки, їх об'єднання мають право одержувати безоплатно інформацію від роботодавців або їх об'єднань, державних органів та органів місцевого самоврядування з питань, що стосуються трудових і соціально-економічних прав та законних інтересів своїх членів, а також інформацію про результати господарської діяльності підприємств, установ або організацій. Зазначена інформація має бути надана не пізніше п'ятиденного терміну. Крім того, частиною першою ст. 45 зазначеного Закону закріплений обов'язок роботодавців, їх об'єднань в тижневий термін надавати на запити профспілок, їх об'єднань інформацію, яка є в їх розпорядженні, з питань умов праці та оплати праці працівників, а також соціально-економічного розвитку підприємства, установи, організації та виконання колективних договорів і угод.

Право організацій роботодавців, їх об'єднань на інформацію закріплене у ст. 25 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності». Відповідно до п.1 частини першої зазначеної статті організації роботодавців, їх об'єднання в установленому законодавством порядку мають право одержувати від органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності інформацію, необхідну для виконання своїх статутних завдань.

На відміну від ст.28 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» у даній статті не зазначається про те, що така інформація надається безоплатно, і в який строк вона має бути надана. Крім того, не закріплений обов'язок професійних спілок, їх об'єднань, органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування надавати інформацію, про яку йдеться у ст. 25 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності». У зв'язку з цим видається доцільним доповнити частину першу ст. 25 зазначеного Закону відповідними положеннями.

Частиною другою ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні»

встановлюється, що порядок обміну інформацією визначається сторонами. Однак у змісті укладених колективних угод і колективних договорів спеціальні норми про порядок обміну інформацією відсутні. Так, відповідно до п. 3.4 розділу III «Соціальний діалог» Генеральної угоди про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2016-2017 роки Сторони домовилися здійснювати обмін інформацією про виявлені факти порушень конвенцій МОП, інших міжнародних договорів, учасником яких є Україна, та національного законодавства щодо забезпечення прав і гарантій діяльності профспілок, організацій роботодавців, їх об'єднань з метою вжиття заходів до їх усунення. Згідно з п. 3.6 Сторони домовилися проводити безоплатно обмін інформацією, документами і матеріалами, статистичними даними з питань, що визначені цією Угодою, для виконання взятих на себе зобов'язань та здійснення взаємного контролю.

Отже, у зазначених пунктах Генеральної угоди встановлюються мета обміну інформацією, її обсяг і не передбачається порядок обміну. У додатках до Угоди також немає порядку обміну інформацією, водночас міститься порядок проведення консультацій. Як видається, такий порядок слід було б передбачити Сторонам і для обміну інформацією, що дозволило б підвищити ефективність даної форми соціального діалогу у сфері праці.

Статтею 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» не врегульовані також питання про умови, строки і форми обміну інформацією. У зв'язку з цим частину другу ст.8 Закону доцільно було б доповнити і викласти її в наступній редакції: «Порядок, умови та форми обміну інформацією встановлюються угодою сторін».

Необхідно також звернути увагу на те, що порядок обміну інформації, про який йдеться у частині другій ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», не слід ототожнювати з порядком надання інформації в ході колективних переговорів з укладення колективних договорів, угод. В останньому випадку діють норми ст.10 Закону України «Про колективні договори і угоди», оскільки обмін інформацією та колективні переговори з укладення колективних договорів і угод передбачені ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» як самостійні форми здійснення соціального діалогу.

Статтею 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» чітко не встановлений обсяг інформації, яка надається сторонами при її обміні. Зі змісту зазначеної статті випливає, що це може бути будь-яка інформація, крім інформації, яка відповідно до закону належить до інформації з обмеженим доступом. Утім, така позиція законодавця потребує уточнення. Як вже відзначалося вище, у Генеральній угоди йдеться про надання при обміні не будь-якої інформації, а тільки такої, «що визначена цією Угодою».

Видається доцільним доповнити частину другу ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» окремим реченням наступного змісту: «Обсяг інформації, що надається, визначається рівнем соціального діалогу».

Таким чином, для обміну інформації як форми здійснення соціального діалогу у сфері праці властиві наступні характерні ознаки. Дана форма соціального діалогу здійснюється на всіх його рівнях – національному, галузевому, територіальному та локальному. Суб'єктами надання і одержання інформації є сторони соціального діалогу, як вони визначені у ст.4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні». Йдеться про взаємний обмін інформацією між сторонами соціального діалогу. Інформація передається сторонами безоплатно у порядку, на умовах і у формах, встановлених угодою сторін. Обсяг інформації, що надається, визначається рівнем соціального діалогу. Не підлягає обміну інформація, яка відповідно до закону належить до інформації з обмеженим доступом.

Слід рекомендувати сторонам соціального діалогу в додатках до колективних угод і колективних договорів чітко визначати порядок, умови і форми обміну інформації, що сприятиме більш ефективному здійсненню даної форми соціального діалогу у сфері праці.

Ольга Черновол,
*аспірант відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України
(Київ)*

ПОНЯТТЯ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ОBOB'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Історично склалось, що правові системи кожної країни світу впродовж свого розвитку для врегулювання суспільних відносин передбачали певну сукупність законодавчо закріплених норм (правил поведінки) в результаті чого і відбувалась побудова різних моделей обов'язкової, забороненої чи дозволеної поведінки учасників правовідносин. Такі моделі слугували для врегулювання та охорони суспільних відносин, що піддаються правовому врегулюванню чи об'єктивно потребують такого врегулювання. Принцип побудови вказаних моделей базувався на наданні одним учасникам суспільних правовідносин суб'єктивних прав та в покладенні юридичних обов'язків на інших, при цьому встановлюючи безпосередній зв'язок між правами та обов'язками.

Водночас, розкриття змісту будь-якого правового інституту відбувається через аналіз системи юридичних конструкцій, які не тільки акумулюють апробовані зразки та моделі юридичної практики, але й виступають джерелом формування нового юридичного знання.

Загальновідомо, що норми та принципи права є основоположними елементами механізму правового регулювання. Крім того, до елементів вказаного механізму слід віднести юридичні факти, правові відносини, реалізація норм та принципів, правозастосування, як особливу форму реалізації, тощо.

Саме норма права (правило поведінки) являє собою певну модель бажаних суспільних відноси. Водночас, якою мірою суб'єкти права, які підпадають під її регулятивний вплив, будуть нею керуватися на практиці, визначається низкою чинників, серед яких і відображення в нормі назрілої суспільної потреби в упорядкуванні певним чином суспільних відносин, і якісність формулювання самої норми уповноваженими суб'єктами, і цілеспрямованість та системність зусиль з її практичного втілення.¹

Варто зауважити, що у сучасній юридичній науці відсутній єдиний підхід до розуміння категорії «правове регулювання». Загалом, серед науковців поширені два підходи до розуміння вищевказаної категорії. Деякі дослідники вважають, що під «правовим регулюванням» слід розуміти лише встановлення правових норм та забезпечення засобів їх реалізації, інші – виступають проти обмеження правового регулювання межами правових відносин, вважаючи, що до категорії «правове регулювання» слід включати всі форми впливу права на суспільні відносини.

При цьому, категорія «правове регулювання» включає в себе три основні стадії, такі як: стадія прийняття правових норм, стадія виникнення прав та обов'язків, стадія реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків.²

Крім того, слід звернути увагу на те, що сутність юридичних конструкцій розкривається не лише завдяки аналізу правових категорій, які є формою відображення правової дійсності, але й завдяки виявленню правових моделей, що є засобами вираження внутрішньої структури складного правового явища, несуть інформацію про об'єкт.

У широкому розумінні під категорією «модель» слід розуміти будь-який образ, аналог (уявний чи умовний: зображення, опис, схема, креслення, графік, план, карта, тощо) будь-якого об'єкта, процесу або явища («оригіналу» даної моделі), що використовується в якості його «заступника», чи «представника»³. Найчастіше в ролі моделі виступає інший матеріальний або уявний об'єкт, що замінює в процесі дослідження об'єкт-оригінал.

При цьому, дослідники трактують дефініцію «модель» досить неоднозначно. Відтак, залишається невизначеним місце у логічних рядах загальної теорії права дефініції «правова модель», що і має наслідком необхідність проведення загальноправового аналізу.

Варто погодись із думкою О.В. Скрипник, яка вважає, що узагальнення,

¹ Мельниченко В. І. Нормативно-правова модель здійснення народного волевиявлення: проблеми формування та об'єктивації : наук. розробка / В. І. Мельниченко. – К. : НАДУ, 2013. – С. 3.

² Віхров, О. П. Теорія держави і права: курс лекцій : навч. посіб. / Віхров О. П., Віхрова І. О. ; Чернігів. нац. пед. ун-т ім. Т. Г. Шевченка. – Чернігів : Десна Поліграф, 2015. – С. 205.

³ Большой энциклопедический словарь (БЭС). – URL: http://slovoonline.ru/slovar_ctc/b-13/id-38716/model.html.

абстрагування передбачають не лише відвернення від неістотних властивостей, але й певну схематизацію, огрублення відтвореного у понятті правового явища або процесу та саме завдяки абстрактним категоріям, пов'язаним водино спільною логічною системою правової теорії, можна виявити правову дійсність у всій її повноті і конкретності¹.

Цікаве визначення дефініції «правова модель» та її ознак наводить О. Безруков, який вважає, що під даною категорією слід розуміти створену в результаті абстракції, ідеалізації форму відзеркалення правової дійсності, що знаходиться у відносній відповідності з досліджуваним об'єктом, та є засобом вираження внутрішньої структури складного правового явища, що несе інформацію про об'єкт або виконує спеціальне описове (демонстраційне) завдання.²

При цьому, варто зауважити, що вітчизняні та зарубіжні вчені приділяють увагу в своїх працях саме дослідженню прав та свобод людини і громадянина, у тому числі моделей їх закріплення та реалізації. Відтак, залишається проблемним питання визначення поняття та елементів моделі правового закріплення обов'язків людини і громадянина, оскільки дане питання залишається поза увагою вчених-юристів.

Крім того, модель правового закріплення, і як наслідок, механізм реалізації обов'язків людини і громадянина відрізняється від моделі правового закріплення та реалізації прав та свобод людини і громадянина.

Що стосується сутності та змісту моделі правового закріплення обов'язків людини і громадянина, то на нашу думку, це система правових норм, які закріплюють визначене коло юридичних обов'язків (з урахуванням джерел їх правового визначення), перелік суб'єктів на яких поширюється обов'язковість останніх та механізм їх реалізації, при цьому держава зберігає за собою можливість застосування відповідальності за ухилення від їх виконання.

Таким чином, впродовж розвитку та становлення незалежності України, питання дослідження моделі правового закріплення обов'язків людини і громадянина не мало своєї актуальності та не було пріоритетним. Однак, наразі в Україні відбуваються складні економічні та політичні процеси, причинами яких стали радикальні перетворення у східноєвропейській геополітиці. Тому, дослідження моделі правового закріплення обов'язків людини і громадянина набуло актуальності та дозволить встановити недоліки/прогалини в існуючій моделі, і як наслідок, в подальшому на основі результатів досліджень вбачається за можливе внесення відповідних новел у чинне законодавство України щодо визначення кола юридичних обов'язків та механізмів їх реалізації.

¹ Правові категорії та правові моделі як компоненти юридичної конструкції // Ел. наук. фах. видання «Порівняльно-аналітичне право». – 2014. – № 2. – С. 58-62.

² Безруков А. Правовая модель как инструмент юридической науки и практики: автореф. дис. Канд. Юрид. Наук.: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Безруков А. – Владимир, 2008. – С. 8.

НОВЕЛІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ ЯК ЗАСІБ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

1. Пошук державою Україною нових форм та засобів захисту основних прав і свобод людини і громадянина призвів до запровадження з 30 вересня 2016 року (дати набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016, № 1401-VIII) інституту конституційної скарги¹. Його запровадження є одним із напрямів реалізації конституційно-правової реформи в Україні.

На сьогоднішній день інститут конституційної скарги є дослідженим у багатьох наукових працях як вітчизняних, так і зарубіжних вчених. Вагомий внесок у розуміння проблем інституту звернень громадян до органів конституційної юстиції та шляхів їх розв'язання внесли дослідження вітчизняних авторів: Ю. Барабаша, В. Бринцева, А. Георгіци, М. Гульгая, П. Євграфова, В. Кампо, А. Колодія, А. Крусян, М. Козюбри, З. Лунь, В. Погорілка, О. Петришина, П. Рабіновича, М. Савенка, А. Селіванова, М. Селівона, В. Скоморохи, О. Скрипнюка, А. Стрижача, В. Тація, М. Тесленко, В. Тихого, Ю. Тодики, Т. Цимбалістого, В. Шаповала, С. Шевчука та ін.

У Законі України «Про Конституційний Суд України» в редакції від 16 жовтня 1996 року визначалась як обов'язкова підстава для конституційного звернення – неоднозначне застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважав, що це могло призвести або призводило до порушення його конституційних прав і свобод (пункт 4 частини другої статті 42, стаття 94).

Однак, у статті 94 Закону не визначалось саме поняття «застосування» і не розкривався зміст словосполучення «неоднозначне застосування положень Конституції України або законів судами, іншими органами державної влади». Крім того, у Законі також не зазначалось, на рівні якої інстанції судів загальної юрисдикції – першої, апеляційної чи касаційної – мало виникнути неоднозначне застосування положень Конституції України або законів, щоб бути достатньою підставою для звернення громадян до Конституційного Суду.

Відсутність законодавчого визначення поняття неоднозначного застосу-

¹ Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016, № 1401-VIII. – URL: Офіційний сайт Верховної Ради України. – <http://www.rada.gov.ua>

вання положень Конституції України або законів України була прогалиною у законодавстві, що не сприяла однаковому розумінню цього положення Закону громадянами та юридичними особами і в більшості випадків була причиною надходження до Конституційного Суду України необґрунтованих звернень, які залишалися без задоволення. На практиці це питання вирішувалось у процесі розгляду кожної конкретної справи з урахуванням напрацьованої Конституційним Судом практики.

Так, приміром, в Ухвалі Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Ємельянова Анатолія Ісаковича щодо офіційного тлумачення положень пункту 3 частини другої статті 222 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 12 травня 2010 року, № 31-у, Конституційний Суд визначив, що під неоднозначним застосуванням положень Конституції України або законів України слід розуміти різне застосування одних і тих же норм цих правових актів судами України, іншими органами державної влади за однакових юридично значимих обставин¹.

У інформаційно-методичних матеріалах Конституційного Суду України для громадян, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб щодо підготовки конституційних звернень (були розміщені на офіційному сайті Конституційного Суду України) зазначалося, що типовою помилкою, якої припускаються суб'єкти права на конституційне звернення, є прохання «розтлумачити» (роз'яснити) не суть норми, а порядок практичного її застосування, тобто показати як, коли, яким чином має діяти той чи інший суб'єкт права в конкретних правових ситуаціях відповідно до вимог правової норми...

Серед практикуючих юристів, у науковій спільноті неодноразово зверталась увага на те, що право громадян звернутися до Конституційного Суду України лише з питань офіційного тлумачення Конституції та законів України була перешкодою ефективному захисту громадянином своїх прав і свобод у Конституційному Суді України. Тому актуальним було питання надання громадянам права на конституційну скаргу та (або) вдосконалення порядку звернення громадян до Конституційного Суду України.

Відповідно до ст. 1511 Конституції України в редакції Закону України № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Отже, пред-

¹ Ухвала Конституційного Суду України від 12.05.2010, № 31-у. — URL: Офіційний сайт Конституційного Суду України. — <http://www.ccu.gov.ua>. Правові позиції Конституційного Суду України з даного питання містилися також в інших Ухвалах Суду, зокрема: Ухвала від 27.12.2001, № 40-у/2001, Ухвала від 25.11.2009, № 59-у/2009, Ухвала від 13.10.2005, № 36-у/2005.

метою конституційної скарги є конституційність закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі суб'єкта права на конституційну скаргу. У п. VIII Пам'ятки для громадян та юридичних осіб про порядок внесення конституційної скарги до Конституційного Суду України, яка розміщена на офіційному сайті Конституційного Суду України (www.ccu.gov.ua), наголошується, що конституційна скарга подається виключно щодо відповідності Конституції України закону України, його окремих положень. Дії чи бездіяльність органів державної влади, рішення судів у системі судоустрою України не можуть бути об'єктом конституційної скарги.

Згідно з поданою на офіційному сайті Конституційного Суду України інформацією станом на 20 жовтня 2017 р. до Конституційного Суду України надійшло 295 конституційних скарг, серед яких найбільше скарг про конституційність окремих положень законів України, які були застосовані в судах останньої інстанції. Також наявні скарги, в назвах яких ставляться питання, які, на нашу думку, свідчать про можливий вихід за межі повноважень Конституційного Суду України, а саме: про визнання бездіяльності Верховного Суду України, про скасування ухвали Верховного Суду України, про тлумачення відповідності Ухвали суду I інстанції положенням Рішення Конституційного Суду України, про сприяння у поверненні заявнику певної земельної ділянки тощо. З часом Конституційний Суд України напрацює критерії оцінки умов прийнятності конституційних скарг, які вписані у статті 77 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року, № 2136-VIII.

Щодо юридичних наслідків рішень Конституційного Суду України, ухвалених за результатами розгляду конституційних скарг, вони впливають зі змісту ст. 89 «Вимоги до рішення Суду» Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року, № 2136-VIII, яка поширюється у тому числі на конституційні скарги. У резолютивній частині рішення зазначається, що рішення Суду є обов'язковим, остаточним та таким, що не може бути оскаржено. Інша справа, що даним Законом закладена можливість перегляду позицій Конституційного Суду. Ч.2 ст. 92 передбачає можливість розвитку та конкретизації Конституційним Судом своїх позицій у наступних своїх актах аж до можливості їх змінювати в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду.

Отже, конституційна скарга дає громадянам можливість особисто ініціювати вилучення органом конституційної юрисдикції із системи законодавства неконституційних приписів, чим сприяти забезпеченню верховенства права та демократії.

Специфічність правової природи актів (у т.ч. рішень Суду за результатами розгляду конституційної скарги) Конституційного Суду України, практика

його діяльності поставила на порядок денний проблему визначення природи правових (юридичних) позицій органу конституційної юстиції.

2. До прийняття Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року, № 2136-VIII у наукових колах широко дискутувались питання щодо місця правових позицій у структурі актів Конституційного Суду України, щодо обов'язковості правових позицій, що викладені у рішеннях і висновках Конституційного Суду України, у т.ч. і для нього самого та щодо можливості зміни Конституційним Судом своїх попередньо висловлених позицій¹.

Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року у ч. 1 ст. 92 чітко визначає місце правових позицій у структурі актів Конституційного Суду України, а саме: у мотивувальній та/або резолютивній частині рішення, висновку, а також в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття конституційного провадження у справі, постановлених Сенатом чи Великою палатою.

Посилання на правові позиції, сформульовані у попередніх рішеннях, є типовою практикою в діяльності Конституційного Суду України. Аналіз рішень Конституційного Суду України дозволяє зробити висновок про два найбільш поширені способи використання вже сформульованих ним правових позицій – використання існуючої правової позиції для обґрунтування рішення при вирішенні по суті наступної справи або розширення («оновлення») змісту правової позиції шляхом поширення сфери її дії на інші відносини. Актуальним є питання про можливість перегляду правової позиції Конституційного Суду України, зокрема, шляхом відступу від раніше висловленої позиції аж до зміни її на протилежну.

Небезспірною залишається позиція про можливість повторного прийняття закону або окремих його положень, визнаних Рішенням Конституційного Суду України неконституційними. Безспірність факту неконституційності окремої норми чи акта у цілому буде вірною за умови дотримання процедури визнання нормативно-правового акта, його окремих положень неконституційними, наведення у рішенні переконливого правового обґрунтування. Але чи можна виключати помилки у прийнятті рішення конституційною юстицією, у тому числі з питань конституційності? Мабуть, ні. Тому не можна, з одного боку, виключати можливості відновлення парламентом або іншим органом положень, безпідставно визнаних неконституційними. Це необхідно розглядати як важливий стримувальний фактор для органів конституційної юрисдикції. З іншого боку, з прийняттям Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року, № 2136-VIII законодавець у ст. 92 заклав можливість для Конституційного Суду України розвивати і конкретизувати юридичну позицію

¹ Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017, № 2136-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст. 376.

Суду у своїх наступних актах, змінювати її в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду.

Олена Чорна,

*аспірантка відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держава і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

НАДМІРНО ТРИВАЛЕ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ПОТРЕБУЄ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ

В юридичній науці та правозастосовній практиці багатьох країн тривалий час існує проблема належного і своєчасного виконання судових рішень.

Останнім часом вітчизняні засоби масової інформації акцентують на тому, що українці частіше за все скаржаться до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) на невиконання рішень суду державою¹. У цілому ж в Україні виконується лише третина рішень судів².

ЄСПЛ неодноразово зазначав у своїх рішеннях, що «право на судовий захист стало б ілюзорним, якби правова система держави дозволяла, щоб остаточно, обов'язкове судове рішення лишалося б невиконаним, що завдало б шкоди одній зі сторін»³.

Враховуючи позицію ЄСПЛ, який неодноразово підкреслював, що невиконання судового рішення означає незавершеність судової процедури, необхідно визнати як основоположну таку засаду: судова процедура завершується не проголошенням вироку, рішення, ухвали чи постанови, а їх виконанням.

Важливість суспільних відносин з виконання судових рішень підкреслюється, зокрема, встановленням кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення. В Україні така відповідальність передбачена ст. 382 КК України.

Вивчення особливостей законодавчої конструкції кримінально-правових норм, передбачених цією статтею, і тенденцій судової практики у таких спра-

¹ Українці чаще всего жалуются в ЕСПЧ на невыполнение решений суда государством. – URL: https://censor.net.ua/news/443483/ukraintsy_chasche_vsego_jaluyutsya_v_espch_na_nevyopolnenie_resheniyi_suda_gosudarstvom_petrenko

² Уровень исполнения судебных решений в Украине составляет 31%, – Минюст. – URL: https://censor.net.ua/news/456547/uroven_ispolneniya_sudebnyh_resheniyi_v_ukraine_sostavlyayet_31_minyust

³ Постановление Европейского Суда по делу «Тимофеев против Российской Федерации» от 23 октября 2003 г. – URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/timofeev-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>

вах, змушують визнати, що правове регулювання кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення є недосконалим і тому не може повною мірою задовольнити відповідні інтереси громадян і держави. Під час з'ясування змісту елементів та ознак складу злочину, передбаченого ст. 382 КК України, нескладно дійти висновку про те, що кожен елемент складу наведеного злочину потребує більш глибокого розкриття та належного тлумачення. Наприклад, раніше ми вже торкалися дискусійного питання щодо змісту предмета цього злочину¹.

Звернення до такого елемента складу аналізованого правопорушення, як об'єктивна сторона злочину, дозволяє пересвідчитись у наявності значної кількості проблем, які викликає тлумачення зазначеної структурної частини складу цього злочину.

Наукою кримінального права уже давно встановлено, що об'єктивна сторона утворює зовнішню сторону злочину, дослідження якої дозволяє доходити висновків не лише про цей елемент складу, але і визначати об'єкт посягання, суспільну небезпеку діяння². На думку Г.В. Тімейка, об'єктивна сторона злочину дозволяє встановлювати і ступінь суспільної небезпеки особи винного³.

Отже, в теорії кримінального права вважаються усталеними такі, зокрема, положення щодо правового значення об'єктивної сторони злочину:

- об'єктивна сторона постає одним з елементів складу злочину і тому є необхідною для обґрунтування кримінального переслідування;
- об'єктивна сторона найкращим чином свідчить про ступінь суспільної небезпеки всього діяння та його «автора»;
- за об'єктивною стороною визначається момент закінчення злочину, диференціюються стадії умисного злочину й індивідуалізується відповідальність;
- об'єктивна сторона використовується для розмежування злочинів, що збігаються за об'єктом й іншими елементами складу, а також для відмежування злочинів від деліктів іншої галузевої належності;
- об'єктивна сторона, поряд з ідеєю суб'єктивного ставлення вину, має бути покладена в основу кримінально-правового докору⁴.

Юридичне значення об'єктивної сторони виявляється, насамперед, у її фундаментальному впливі на всю конструкцію складу злочину, оскільки цей елемент складу становить основний зміст диспозицій норм, які передбачені

¹ Чорна О. С. Невиконання судового рішення: зміст предмета злочину / Чорна О. С. // Наука і правоохорона. – 2016. – № 1. – С. 189 – 196.

² Фелелов А. А. Общественная опасность преступного деяния / А. А. Фелелов // Советское государство и право. – 1977. – № 5. – С. 135–138.

³ Тимейко Г. В. Проблемы общего учения об объективной стороне преступления: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / ВЮЗИ. – М., 1986. – С. 9.

⁴ Бойко А. И. Преступное бездействие / А. И. Бойко. – СПб.: Издательство Юридический центр Пресс, 2003. – С. 55 – 56.

статтями Особливої частини КК України. Саме ознаки об'єктивної сторони покладені в основу предмета доказування у кримінальному процесі.

Все наведене дозволяє визнати провідну роль законодавчого опису об'єктивної сторони злочину для правильного розуміння юридичної сутності злочину, вчиненого особою.

Звернення до ч. 1 ст. 382 КК України свідчить про передбачення законодавцем двох форм прояву об'єктивної сторони цього злочину:

1) невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили;

2) перешкоджання виконанню вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили.

Проте істотну суспільну небезпеку може становити і така форма поведінки суб'єкта, зобов'язаного виконати судові рішення, як *надмірно тривале виконання* судового рішення. До цього уже привертала увагу деякі зарубіжні спеціалісти, на думку яких в Україні зараз відсутні ефективні національні засоби юридичного захисту від такого зволікання¹.

Варто визнати, що вітчизняні спеціалісти у сфері кримінального права, які досліджують проблеми кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення, не приділяють належної уваги цій завуальованій формі невиконання судового рішення. Тому ми вважаємо за доцільне розширити перелік форм об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 382 КК України, додавши опис третьої форми у вигляді надмірно тривалого виконання судового рішення.

При цьому може виникнути цілком очікуване зауваження щодо оцінного характеру такої ознаки, як «надмірно тривале виконання». Усвідомлюючи це, ми вважаємо, що уникнути оцінного характеру пропонованого поняття наразі є неможливим, тому пропонуємо розкрити зміст цього поняття у примітці, якою необхідно доповнити ст. 382 КК України. Для визначення конкретного часу, який охоплюватиметься поняттям «надмірно тривале виконання», пропонуємо звернутися до усталеної практики ЄСПЛ. Наприклад, у справі «Герасимов та інші проти Росії» цей Суд, з-поміж іншого зазначив: «затримка виплати присудженої грошової компенсації тривалістю менше одного року, у принципі, не суперечить Конвенції, тоді як будь-яка інша більш довга затримка є *prima facie* необґрунтованою»².

Водночас ця правова позиція, на нашу думку, потребує більшого наповнення «компонентом справедливості». Зокрема, якщо грошова компенсація, отримана потерпілою стороною упродовж 11 місяців, становить незначний

¹ Гасс Ш. Невиконання і надмірно тривале виконання рішень національних судів у цивільних і адміністративних справах; відсутність ефективних національних засобів юридичного захисту / Ш. Гасс // Право України. – 2011. – № 7. – С. 83–87.

² Див. п. 169 постанови у справі «Герасимов та інші проти Росії». – URL: <http://europeancourt.ru/tag/gerasimov-i-drugie-protiv-rossii/>

ПРАВОВА РЕФОРМА: КОНЦЕПЦІЯ, МЕТА, ВПРОВАДЖЕННЯ

відсоток суми, визначеної судом, хіба відповідні дії правопорушника не є надмірно тривалим виконанням судового рішення?

На підставі викладеного пропонуємо внести певні корективи до аналізованої статті.

1. Абзац першої частини першої статті 382 КК України варто викласти, наприклад, у такій редакції:

«1. Невиконання або надмірно тривале виконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкодження їх виконанню».

2. Доповнити статтю 382 КК України приміткою такого змісту:

«*Примітка.* Надмірно тривалим виконанням вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, у цій статті слід розуміти їх часткове виконання, якщо між зверненням до виконання і повним виконанням пройшло більше одного року.

Якщо грошова компенсація, отримана потерпілою стороною упродовж шести місяців, становить менше 50% суми, визначеної судом, відповідні зволікання правопорушника також необхідно визнавати надмірно тривалим виконанням судового рішення».

Сподіваємося, що реалізація пропозицій, наведених у цій публікації, дозволить заповнити прогалину, яка існує сьогодні у чинному кримінальному законодавстві України, сприятиме його реформуванню та вирішенню деяких спірних питань кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення.

Людмила Чулінда,

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри загальнотеоретичної юриспруденції,
конституційного та адміністративного права
Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Пошук шляхів втілення ідеї про щастя і свободу в суспільстві та державі здійснювався протягом всієї історії. Виникали різноманітні теорії, серед яких зберігалися найцінніші, найважливіші ідеї, з яких людство намагається реалізувати свою споконвічну мрію про найкращий державний устрій.

У процесі цього пошуку важливе місце займають реформи Солона, міркування Протагора про те, що мірою усіх речей є людина, вчення Аристотеля про державу: якщо в ній переважають люди середнього класу, то така держава матиме найкращий державний устрій, а закон буде панувати над усім.

Протягом тривалого часу ідеї щодо найкращого стану суспільних відно-

син залишалися теоретичними міркуваннями. Ситуація змінюється з появою політико-правових концепцій, які обстоювали мету суспільства і способи її досягнення, співвідношення держави і права, держави та особи. Особливе місце серед них посідає вчення про правову державу, історія дослідження якого засвідчує певні етапи у процесі розвитку державності в країнах Європи і Північної Америки.

Гуманістичні ідеї античних філософів були обґрунтовані такими видатними мислителями епохи Відродження, як Г. Гроцій, Дж. Локк, Ш.Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо та ін., праці яких мали наслідком становлення теорії правової держави як символу протесту проти поліцейської держави.

На думку Дж. Локка, ідея панування права повинна втілитися в державі, в якій існує поділ влади на окремі гілки. Діяльність кожної з них повинна обмежуватися законом, який відповідає природному праву і забезпечує невід'ємні права і свободи людини. Ідеї Дж. Локка були розвинуті Ш. Монтеск'є у творі «Про дух законів» і трансформовані у принцип поділу влади, що розглядається як одна з невід'ємних засад правової держави. Важливим елементом правової держави є розроблена Ж.-Ж. Руссо концепція народного суверенітету, відповідно до якої держава виникає внаслідок суспільного договору, а тому перебуває на службі суспільства.

Сформульовані Дж. Локком, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо ідеї використовуються у практиці державного будівництва ще в кінці XVIII ст., закріплюються як явище цивілізації у Конституції США 1787 р. і французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 р., а також в інших правових актах. Батьком теорії правової держави традиційно називають німецького філософа Еммануїла Канта, хоча він не вживав термін правова держава, а обґрунтовував ідею правового державного впорядкування. Державу він розумів як об'єднання людей, які підпорядковані правовим законам.

Теорія правової держави, на думку німецького вченого Конрада Гессе, передбачає організацію та гарантію правового порядку, необхідного для існування особи та суспільного життя. Специфічним засобом цього порядку є закон, який визначає правове становище особи, регулює суспільні відносини та упорядковує їх, отже, правова держава є державою закону.

У французькій правовій доктрині після Великої французької революції 1789 р. був запроваджений принцип законності для протиставлення королівській сваволі, унеможливлення покарання особи без суду та слідства, всебічного захисту прав і законних інтересів людини та громадянина. Згадаємо, що принцип законності на сьогодні розуміється як складова верховенства права.

Термін правова держава (Rechtsstaat) в науковий обіг увійшов на початку XX ст., вперше його вживають у працях К.Т.Велькер (1813 р.) і Р. фон Моль (1833 р.), що мало наслідком використання цього терміну у філософській та політико-правовій думці. Р. фон Моль визначав правову державу як консти-

туційну, що заснована на конституційному закріпленні прав і свобод людини, на забезпеченні їх судового захисту.

Нормативіст Ганс Кельзен акцентував на тому, що будь-яку державу можна назвати правовою. Разом з тим, він обстоював думку про необхідність підпорядкування людей не іншим людям, а нормам права.

М. Козюбра звертає увагу на те, що концепцію правової держави, згідно з якою норми закону мають відповідати певним природно-правовим критеріям, у другій половині XIX ст. у Німеччині було підмінено винятково номінальним її поняттям, за яким право зводилося до закону, а верховенство права – до формального законного управління. У результаті концепцію правової держави та ідеал верховенства права в Німеччині було позбавлено реального змісту. Це дозволило навіть нацистам іменувати свою державу правовою.¹ О. Мережко також зазначає, що у Німеччині 30-х років XX ст. правова держава у вигляді «Веймарської республіки» виявилася неспроможною запобігти демократичному і правовому приходу до влади нацистів.²

Лише після другої світової війни поняттям правової держави і верховенства права в Німеччині було повернуто їхній справжній зміст: вони не обмежуються формальним дотриманням законності, а передбачають низку вимог, які в сукупності створюють умови для забезпечення принципу верховенства права (правової держави) у Німеччині.

Будь-яка теорія має ґрунтуватися на історичних національних традиціях, які значною мірою впливають на успіх реалізації такої теорії. В Україні такі традиції існують. У теоретичну розробку доктрини правової держави в кін. XIX – поч. XX ст. зробили внесок й українські філософи та юристи – Б.Кістяківський, М. Драгоманов, С. Котляревський, М. Палієнко та ін. Учені усвідомлювали необхідність обстоювання основних прав і свобод, підпорядкування держави праву тощо. У 1906 р. Б. Кістяківський наголошував, що правова держава є найвищою формою держави, проте розглядав таку державу не як реальність, а як ідеал. На його думку, побудувати справжню правову державу вдасться лише тоді, коли всі люди стануть святими.

Філософські пошуки Г. Сковороди, Т. Шевченка, М. Грушевського, В. Винниченка ґрунтувалися на тому, що одні з них більше обстоювали право кожної людини на гідні умови життя, відстоювали ідею активного втручання держави у суспільні відносини, інші піддавали критиці саме прояви надзвичайної турботи держави про своїх громадян і надавали пріоритетного значення свободі особистості, принципу формальної рівності.

У роки радянської влади ідея правової держави піддавалася нищівній критиці як буржуазна. Проте у працях українських правознавців, які емігрували

¹ Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика //Українське право. – 2006. – №1. – С.16-17.

² Мережко О. Правова держава як міф // Юридична газета. – №23(59). 19 грудня 2005 р.

за кордон, ця ідея продовжувала розвиватися. Так, С. Дністрянський у роботі «Загальна наука права і політика» (Прага, 1923 р.) зазначав, що правова держава — це держава, яка має на меті організувати загальну охорону громадян та налагоджування всього адміністративного апарату для того, щоб право мало свою вихідну позицію.

Повернення вітчизняних правознавців до досліджень проблем становлення та функціонування правової держави відбувається в середині 80-х років ХХ ст. під час перебудови. Особливої актуальності ці розробки набувають після прийняття Декларації про державний суверенітет України, в якій було проголошено прагнення українського народу до правової держави, та прийняття Конституції України 1996 р., у якій було затверджено курс на побудову в Україні незалежної, суверенної, демократичної, соціальної, правової держави.

Слід звернути увагу на те, що і на сьогодні існують роздуми правознавців, які вважають правову державу не реальністю, а міфом. Так, на переконання О.Мережка, концепція правової держави є позитивістською і означає на практиці, що право належить тому, хто контролює державну владу.¹ О.Михайленко, визначаючи систему ознак правової держави, доходить висновку, що у світі ще не створено жодної дійсно правової держави.² Правознавці наголошують на тому, що правова держава — це ідеальний тип держави, вся діяльність якої підпорядкована праву.³

Серед правознавців дискусійним є співвідношення між двома феноменами — правова держава і верховенство права. Існує думка, що верховенство права є лише одним із принципів, хоча й визначальним, правової держави, інші вчені розглядають правову державу і верховенство права як явища, однакові за своїм змістом.

М. Козюбра звертає увагу на те, що Rule of law вважається англійським варіантом німецького Rechtsstaat. На його думку, відмінності між термінами нині є швидше термінологічними, ніж змістовними.⁴ У Резолюції ПАРЄ № 1594 також зазначається, що ці два поняття є синонімами.⁵

¹ Мережка О. Правова держава як міф // Юридична газета. — № 23(59). 19 грудня 2005 р.

² Михайленко О.Р., Осипова Н.П. До питання про концепцію системи ознак правової держави // Актуальні питання формування правової держави в Україні: У 2-х ч.: Ч.1. — Х., 2000. — С.76-78.

³ Див., напр.: Бринцев В., Андрущенко І. Застосування та інтерпретація стандартів (принципів) правової держави в конституційному судочинстві // Вісник Конституційного Суду України. — 2008. — №3. — С.73.

⁴ Козюбра М.І. Принципи верховенства права і правової держави: єдність основних вимог // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська академія». — 2007. — Том 64. Юридичні науки. — С.3-9.

⁵ Resolution 1594 (2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe «The principle of the rule of law» adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007. — URL: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1594.htm>

Отже, верховенство права зосереджується на тому, яким має бути право, щоб стримувати державу і забезпечувати свободу, тоді як теорія правової держави прагне дати відповіді на питання, якою має бути держава, що підпорядковується праву.

Тетяна Чурилова,
*к.ю.н., доцент кафедри міжнародного європейського
та екологічного правознавчого інституту права
Сумського державного університету
(Суми)*

МЕДІАЦІЯ ЯК СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ

Реформування земельних та власнісних відносин в Україні зумовили збільшення та урізноманітнення спорів щодо використання, відтворення та охорони земель.

Земельні спори виникають із земельних відносин та, зазвичай, пов'язані із суперечками що виникають між власниками землі та землекористувачами, іншими особами, органами місцевого самоврядування та державними органами, що здійснюють управління земельними ресурсами.

Земельний кодекс України не визначає всі можливі види земельних спорів, проте, він визначає компетенцію органів щодо вирішення таких спорів.

Відповідно до статті 158 Земельного кодексу України, земельні спори вирішуються судами, органами місцевого самоврядування та центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин.

Органи місцевого самоврядування наділені повноваженнями вирішувати спори у межах населених пунктів щодо: меж земельних ділянок, які перебувають у власності і користуванні громадян; додержання громадянами правил добросусідства, а також спорів щодо розмежування меж районів у містах. Зі спорами щодо меж земельних ділянок за межами населених пунктів та розташування обмежень у використанні земель та земельних сервітутів можна звертатися до Держгеокадастру.

Між тим, такий позасудовий розгляд навряд чи можна вважати задовільним.

По-перше, рішення не є остаточним та не забезпечується державним примусом. При цьому сама процедура розгляду спору схожа на судову.

По-друге, довіра населення до державних органів та органів місцевого самоврядування є низькою.

Крім того, у Положенні про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру (затв. постановою Кабінету Міністрів України від 14.01.2015 р. №15) відсутні повноваження щодо розгляду земельних спорів. На

практиці розгляд заяв про земельні спори проводиться в порядку законодавства про звернення громадян, а не за процедурами ст. 159 ЗК України¹.

Для розгляду звернень з приводу земельних спорів, в органах місцевого самоврядування створюються комісії при відповідній раді.

Зокрема, у м. Суми створена та працює Постійна комісія з питань архітектури, містобудування, регулювання земельних відносин, природокористування та екології. Проте, аналіз порядку денного за 2016–2017 роки та звіту за період з 26 листопада 2015 року по 31 грудня 2016 року свідчать про відсутність практики з розгляду земельних спорів².

Отже, найбільш дієвою формою захисту прав та інтересів у земельній сфері залишається судовий захист.

Судова практика з розгляду земельних спорів свідчить про те, що земельні спори належать до складної категорії справ, їх розгляд має свої особливості. Недостатність законодавчого регулювання земельних відносин, неузгодженість нормативно-правових актів створює труднощі у їх вирішенні.

Проблеми для власників чи користувачів землі, у разі необхідності захистити свої права, здебільшого, виникають через проблеми з тлумаченням норм права, недосконалістю чи відсутністю процедурних та процесуальних норм, порушенням органами державної влади своїх обов'язків (порушення строків розгляду заяв та скарг, строків дозвільних процедур, строків розгляду судових справ).

Моніторинг земельних відносин у рамках Проекту «Підтримка реформ у сільському господарстві та земельних відносинах в Україні» акцентує увагу на такій проблемі як порушення встановлених термінів при розгляді земельних справ. Між тим, тривалість розгляду спорів у суді є важливим фактором для землевласників і користувачів. Зокрема, це стосується с/г землі, оскільки власник несе збитки, поки триває судовий процес (для прикладу, він не може сіяти, бо невідомо, чи зможе потім зібрати врожай із цієї землі)³.

Таким чином, існує нагальна необхідність розвитку та популяризації альтернативних способів розв'язання земельних спорів, зокрема таких прогресивних як медіація.

Медіація представляє собою досудове врегулювання спору між сторонами шляхом залучення медіатора (посередника), який допомагає вирішити кон-

¹ Сорока Михайло. Захист прав у сфері земельних відносин: чи помітні зміни. — URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/zemelne-agrarne-pravo/zahist-prav-u-sferi-zemelnih-vidnosin-chi-pomitni-zmini.html>

² Інформаційний портал Сумської міської ради. — URL: <https://smr.gov.ua/uk/miska-vlada/miska-rada/postijni-komisiji.html>

³ Земельні спори: Що варто передбачити перед запровадженням ринку с/г земель. Проект «Підтримка реформ у сільському господарстві та земельних відносинах в Україні». — URL: <http://www.kse.org.ua/uk/research-policy/land/analytical/?newsid=1808>

флікт інтересів сторін та сприяє підписанню рішення між сторонами, яке задовольнило б усіх учасників процесу та сприяло б швидкому виконанню.

Основні принципи медіації дозволяють ідентифікувати її як таку. Їх можна сформулювати наступним чином: незалежність та нейтральність медіатора, добровільність та рівність сторін, конфіденційність інформації про медіацію; є процесом за сприяння (а не під керівництвом) медіатора; дозволяє сторонам досягти рішення, яке прийнятне для всіх сторін і не вимагає примусового виконання; базується на угоді та не може бути примусовою або обов'язковою; ґрунтується на спеціальній професійній підготовці залученого медіатора; незалежна та ґрунтується на саморегулюванні¹.

Не дивлячись на те, що альтернативні способи вирішення спорів активно працюють у Європі та знайшли багато прихильників, на жаль, в Україні така практика не застосовується на повну силу. Між тим, її перевага полягає в тому, що альтернативні способи вирішення спору можуть суттєво розвантажити державні суди.

Одним з факторів є відсутність законодавчого закріплення у нормативно-правовому акті України та порядку процедури медіативного вирішення спору на території України, який був би обов'язковим до виконання. Єдиним нормативно-правовим актом, що регулює відносини пов'язані з наданням медіативних послуг, є Кодекс етикету медіатора, який був затверджений на конференції у Брюсселі 02.06.2004, а також Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та господарських правовідносинах.

Попри відсутність нормативно-правових актів України про медіацію, вже створені відповідні органи, що надають послуги медіації, а саме Український центр медіації та Український центр порозуміння.

Звернення до суду завжди має наслідком негативний результат для однієї зі сторін, інколи навіть для двох. У зв'язку з цим інститут медіації є альтернативою для сторін, оскільки остаточне рішення приймається з урахуванням поступок, на які сторони йдуть за власним бажанням, свідомо.

Найбільш «медіабельними» земельними спорами, на наш погляд, є спори щодо дотримання правил добросусідства та спори у договірних відносинах. Такі конфлікти виникають між землевласниками та землекористувачами, які, зазвичай мають довготривалі сусідські або ділові стосунки, та бажають залишити їх позитивними.

Основною метою приписів щодо дотримання правил добросусідства є сприяння та забезпечення такого використання земельних ділянок, при якому власникам сусідніх земельних ділянок і землекористувачам заподіюється най-

¹ Абрамов Ярослав. Така суперечлива медіація. – URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/taka-superechliiva-mediaciya.html>

менша кількість незручностей. Поняття незручностей є оціночним, отже, у таких суперечках завжди є широке поле для пошуку компромісів.

Конфлікти, пов'язані із орендними та сервітутними відносинами також є певною мірою «медиабельними». Адже, як вірно зазначили колеги Кононов В.В. та Петровська М.П. «критерієм оцінки об'єктивної можливості врегулювати земельний спір в процедурі mediaції є допустимість укладення мирової угоди даної категорії справ у разі їх розгляду у суді». Наприклад, іноді бажання встановити сервітут знаходиться у площині міжособистісних конфліктів, що виходять за зміст правових відносин. У таких ситуаціях проведення mediaції є більш ефективним, тому що врегульовується сам конфлікт разом із внесенням правової визначеності у відносини¹.

Що ж до можливостей mediaції у земельних спорах із органом державної влади чи місцевого самоврядування, то тут практика є доволі суперечливою. Однією із базових рис mediaції (у порівнянні із розглядом у суді) є те, що вона надає сторонам шанс досягнути двостороннього виграшу (так звана ситуація «win-win»). Водночас, спори із суб'єктом владних повноважень, у деяких випадках пов'язані із корупційною складовою, бажанням отримати власні вигоди. Яскравим прикладом складності такої mediaції є звіт та висновки медіатора Кисля В.І. по mediaції, учасниками якої є Одеська обласна державна адміністрація, ТОВ «ЕНЕРГО ПРОДУКТ ЛТД» та ТОВ «ОЛСІДЗ БЛЕК СІ» 2016 року. Медіатор зазначає, що у ході mediaції виникло питання про можливість корупційну складову у процесі відведення земельної ділянки. ОДА у ході mediaції зайняла позицію спостерігача. У результаті сторони не змогли досягти домовленості, яка б задовольнила усіх трьох учасників².

У підсумку зазначимо, що не має сенсу порівняння судового процесу та mediaції. Якщо сторони готові до перемовин, mediaція має багато переваг у порівнянні з судовим вирішенням спорів. Такими перевагами є швидкість процедури, гнучкість процесу, конфіденційність, можливість сторін конфлікту впливати на результати його вирішення, збереження позитивних стосунків між сторонами у майбутньому, економія коштів.

¹ Кононов В.В., Петровська М.П. Критерії медиабельності земельних спорів. — URL: http://lsej.org.ua/4_2016/25.pdf

² Звіт та висновок медіатора Кисля В.І. по mediaції, учасниками якої є Одеська обласна державна адміністрація, ТОВ «ЕНЕРГО ПРОДУКТ ЛТД» та ТОВ «ОЛСІДЗ БЛЕК СІ». — URL: http://allseeds.com/sites/default/files/zvit_ta_vysnovky_po_mediaciyi_vasylya_kysilya.pdf

Тетяна Юзько,
*аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ,
викладач правових дисциплін,
Барський гуманітарно-педагогічний коледж ім. М. Грушевського
(м. Бар)*

ДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ПРАЦІВНИКА І ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЖИТТЯ

Відповідно до ст. 2 Конвенції Ради Європи № 108 про захист осіб стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру від 1981 р. «дані особистого характеру» означають будь-яку інформацію, що стосується конкретно визначеної особи або особи, яка може бути конкретно визначеною¹.

Відповідно до ст. 2 Директиви 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 року «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» «персональні дані» – це будь-яка інформація, що стосується встановленої фізичної особи, яку можна встановити (суб'єкт даних)².

В Україні поняття персональних даних на нормативному рівні закріплюється в Законі України від 1 червня 2010 року «Про захист персональних даних». Згідно з ним, персональні дані – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована³.

А.М. Чернобай вказує: «Персональні дані розглядаються як інформація (зафіксована на матеріальному носії) про конкретну особу, що ототожнена або може бути ототожненою з нею. До персональних даних відносяться біографічні дані, особисті характеристики, відомості про сімейний, соціальний, службовий, фінансовий стан, освіту, професію, стан здоров'я тощо»⁴.

Як бачимо, персональними даними можна визначити будь-які відомості про особу. Відповідно, в аспекті розглядуваного питання, персональними даними є вся інформація щодо особи, яка бажає влаштуватися на роботу. Вбачається, що ті чи інші відомості, одержанні роботодавцем, можуть впли-

¹ Пазюк А.В. Захист прав людини стосовно обробки персональних даних: міжнародні стандарти // А.В. Пазюк. – МГО Прайвесі Юкрейн. – К.: Інтертехнодрук, 2000. – 88 с.

² Директива 95/46 ЄС Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 р. «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних». – URL до док.: zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_242.

³ Про захист персональних даних. Закон України від 01.06. 2010 р. № 2297-VI. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2297-17>.

⁴ Чернобай А. М. Правові засоби захисту персональних даних працівника : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / А. М. Чернобай; кер. роботи Г. І. Чанишева; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2006. – 21 с. – URL: dspace.onua.edu.ua/handle/11300/1721

нути на його рішення щодо укладення трудового договору з тим чи іншим працівником. При цьому інформація, на підставі якої приймається рішення роботодавцем, може абсолютно не стосуватися рівня виконання робіт та кваліфікації працівника. Поширеною є практика відмови в прийнятті на роботу жінки одразу після вступу ними до шлюбу. Роботодавці припускають, що така жінка найближчим часом може піти у відпустку у зв'язку з вагітністю та пологами. Не бажаючи шукати новий персонал, роботодавець в такому випадку може віддати перевагу в прийнятті на роботу чоловікам.

Таким чином, через розкриття певних відомостей роботодавцеві, особа може втратити можливість заробляти собі на життя. Отже, її право на життя при прийнятті на роботу буде порушене.

У зв'язку з цим виникає необхідність охорони окремих персональних даних з метою забезпечення реалізації права людини на життя при прийнятті на роботу.

З іншого боку є інформація, яка навпаки необхідна роботодавцям при укладенні трудового договору. Наприклад, інформація про освіту. Адже кожен бажає мати в себе в штаті більш кваліфікованих та знаючих працівників. Тому актуальним є виокремлення окремих груп персональних даних.

Таких груп можна виділити три:

- 1) відомості про особу, які надаються нею на вимогу роботодавця;
- 2) відомості, які особа може надати роботодавцеві за власним бажанням;
- 3) відомості, які забороняється вимагати від особи.

До першої групи відноситься інформація, яка характеризує особу працівника в професійному аспекті. Тобто це ті відомості, які дозволяють роботодавцеві зробити висновок про рівень кваліфікації працівника. Якщо на основі даних відомостей роботодавець доходить до висновку, що працівник йому не підходить, така відмова в прийнятті на роботу буде законною. В такому випадку порушення права на життя, так само як і інших прав, не буде. Адже потрібно враховувати також інтерес роботодавця. Реалізація прав працівників не може обмежувати права та інтереси останнього. Відомостями першої групи будуть відомості про освіту, кваліфікацію. Так само, це інформація про стан здоров'я, що міститься у медичних довідках. При цьому, це лише ті відомості про стан здоров'я, які істотно та реально впливають на ефективність виконання роботи працівником. Крім того, до даних відомостей можна віднести відомості про наявний стаж роботи даної особи.

До другої групи слід віднести інформацію, яку працівник може надавати з власної ініціативи. В передачі таких даних зацікавлений, як правило, сам потенційний працівник. Маються на увазі документально підтверджені відомості про винагороди, досягнення особи, почесні звання і т.д. Ці відомості лише можуть підтвердити компетенцію працівника, його високі особисті якості, але не зменшувати його можливість бути прийнятим на роботу. Оскільки надання такої інформації сприяє можливості укласти трудовий договір, закріплення

права працівника на передачу таких відомостей є важливим кроком у захисті права на життя в сфері праці.

До третьої групи відносяться відомості, вимагання яких роботодавцем повинне заборонятися. Дана інформація, як правило, за своїм змістом не є негативною, однак так чи інакше може вплинути на прийняття негативного рішення роботодавцем при розгляді питання прийняття на роботу тієї чи іншої особи. За своєю ж суттю — це так само відомості про особу, тобто персональні дані в загальному розумінні. Однак вони не стосуються і не можуть стосуватися «трудової особистості» працівника. Стосовно переліку даних відомостей, то найбільш точно його сформував І.М. Басаргін. Науковець виділив наступні відомості, які не підлягають розголошенню, зокрема, і при прийнятті на роботу: інформація про інтимні, особисті, побутові відносини; про стан здоров'я, фізичні дефекти (якщо така інформація в обов'язковому порядку на підставі законів не підлягає розголошенню); про певні фізичні дані працівника (ріст, вага і т.д.); про фактичне місце проживання працівника; про одержувану раніше винагороду за працю; про ті чи інші особистісні якості; репутація працівника на попередньому місці роботи (окрім випадків, коли характеристика обов'язкова за законодавством)¹. При цьому слід погодитися з даним вченим, що даний перелік не має бути виключним². Однак хотілося б додати, що це є відмінністю від першої групи, перелік відомостей якої повинен бути вичерпним.

Право на захист персональних даних працівника нерозривно пов'язано з конституційним правом на таємницю особистого життя. Забезпечення даного права одночасно є забезпеченням реалізації права на життя при прийнятті на роботу. Таке забезпечення буде найбільш ефективним при законодавчому встановленні режимів різних груп персональних даних, тобто встановлення переліку відомостей, які надаються особою роботодавцеві обов'язково (розголошення яких не нестиме перешкод у укладенні трудового договору); які надаються працівником з власної ініціативи (які можуть сприяти укладенню ним трудового договору); та які не надаються в будь-якому випадку (розголошення яких може стати перешкодою для укладення) трудового договору. Таким чином, воно сприяє реалізації права працівника на життя при укладенні трудового договору.

¹ Басаргін І. Н. Личные неимущественные права в трудовом правоотношении: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. / И.Н. Басаргин; Науч. рук. С. Ю. Головина. — Екатеринбург, 2002. — 20-21 с. — URL: law.edu.ru/book/book.asp?bookID=116574.

² Там само. — 21 с.

МІСЦЕ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У ДОКТРИНІ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ

Сучасна сфера зайнятості невпинно змінюється під впливом постійних економічних, соціальних (глобалізації, якісних змін у структурі населення, змін у споживанні, освіті тощо) і технологічних (інформатизації, автоматизації) перетворень. У свою чергу, реставрація ринкових відносин змінила роль держави в регулюванні суспільних відносин у сфері зайнятості населення. У сучасної держави обов'язок захищати людину у випадку безробіття є основним напрямком соціальної політики, частиною якої є державна політика зайнятості, що являє собою систему регуляторних заходів і дій соціально-економічного, адміністративно-організаційного та правового характеру, які здійснюються державними і соціальними інститутами та спрямовані на забезпечення оптимального функціонування й розвитку сфери соціально-трудова відносин, у тому числі національного ринку праці, з метою забезпечення високого рівня зайнятості. Державна політика повинна являти відповідним чином оформлену правом систему заходів і способів забезпечення зайнятості населення, що включає можливість реалізації свободи праці, сприяння та забезпечення реалізації права на зайнятість і захист від безробіття. Ця державна політика за умов ринкової економіки не повинна застосовувати виключно централізовані механізми, які не завжди є ефективними в умовах приватної власності на засоби виробництва, і має насамперед звернутись до соціального діалогу як до компромісного правового інструменту вирішення проблем у сфері зайнятості населення.

У цьому сенсі В.О. Процевський справедливо вказує, що «поєднання елементів приватноправового та публічно-правового регулювання соціально-трудова відносин має відбуватися не на засадах втручання держави у виробничу діяльність підприємств, а сприяння виконанню роботодавцем своїх обов'язків щодо працівника. Сучасний метод трудового права полягає у комплексному поєднанні централізованого і децентралізованого регулювання трудових та тісно пов'язаних з ними відносин на основі координації дій суб'єктів правовідносин, наявності у них права встановлення та застосування санкцій для забезпечення належного здійснення учасниками цих правовідносин своїх прав та обов'язків»¹. Відповідно відносини зайнятості населення, які тісно пов'язані з трудовими відносинами, мають піддаватись значному впливу синтезу приват-

¹ Процевський В.О. Приватно-правове та публічно-правове регулювання соціально-трудова відносин: монографія. – Харків: ХНАДУ, 2012. – С. 306.

ноправового та публічно-правового регулювання, що повною мірою враховується у соціальному діалозі. Тому безперечно обґрунтованим є твердження О.І. Процевського, що «соціальне партнерство на всіх рівнях є реальним шляхом досягнення справедливості сторонами трудових правовідносин. До речі, соціальне партнерство – наочний критерій доктрини самостійності трудового права»¹. З урахуванням предметної та методологічної близькості складово соціального діалогу входить й до доктрини зайнятості населення.

Визначне місце соціального діалогу у доктрині зайнятості підтверджується позицією Міжнародної організації праці, що у своїй доповіді формулює нове поняття соціального діалогу як терміна, що «визначає участь працівників, роботодавців та уряду у процесі прийняття рішень у сфері зайнятості та щодо проблем, які виникають на робочих місцях. Він включає всі види переговорів, консультацій і обміну інформацією між представниками цих груп щодо спільних інтересів у сфері соціально-економічної політики та політики у сфері праці»². Тобто відносини соціального діалогу у сфері зайнятості мають тенденції як до поглиблення, так і до поширення заходів сприяння та забезпечення права на зайнятість, що виробляються і фіксуються в угодах суб'єктами соціального діалогу.

Означені тенденції підтверджуються тим, що на сучасному етапі глобалізації соціальний діалог набуває міжнародного характеру саме у відносинах зайнятості населення. Так, однією з форм прояву космополітичної солідарності та відповідного інтернаціонального соціального діалогу за умов глобалізації став міжнародний колективний договір, тобто колективний договір, який охоплює в основному працівників підприємств транснаціональних корпорацій (ТНК). Укладення міжнародних колективних договорів вигідно працівникам, оскільки перешкоджає керівництву ТНК використовувати у своїх інтересах міжнародну диференціацію заробітної плати, умов праці, конкуренцію між працівниками різних країн, а також більшу мобільність капіталів, чим робочої сили. Крім того, в умовах перманентних «перегонів на дно», коли держави, залежні від іноземних інвестицій, вступають у конкуренцію для залучення грошових потоків міжнародних інвесторів, виникає потреба у контрольному поведінки інвестора щодо створених ним робочих місць. Саме тому міжнародний колективний договір є важливим інструментом у сфері забезпечення зайнятості працівників ТНК. Особливо це стосується випадків застосування ТНК нестандартної зайнятості (позикової праці, тимчасової та строкової зайнятості і т.ін.). Міжнародний соціальний діалог є продовженням інтеграції публічно-правових та приватноправових механізмів у сфері сприяння зайня-

¹ Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: монографія. – Харків: ХНАДУ, 2014. – С. 23.

² Социальный диалог. Периодическое обсуждение в соответствии с Декларацией МОТ о социальной справедливости в целях справедливой глобализации. Доклад VI. – Женева, Международная конференция труда, 102-я сессия, 2013. – С. 5.

тості населення на світовому рівні. За умов перманентного зближення світових ринків праці саме соціальний діалог повинен стати основною запорукою забезпечення сталого рівня зайнятості населення.

У даному аспекті соціально орієнтована держава має стимулювати соціальний діалог для того, щоб спрямовувати інших суб'єктів ринку праці до встановлення оптимального балансу інтересів у сфері зайнятості. Завдяки соціальному діалогу у сфері зайнятості держава, разом із працівниками та роботодавцями, шляхом проведення процедур інформування, консультування, колективних переговорів повинна виробити цілий комплекс узгоджених позицій щодо перспектив покращення дійсного стану і подальшого розвитку механізмів сприяння та забезпечення зайнятості населення як в державному масштабі, так і у міжнаціональному. Останнє особливо важливо за умов інтеграції ринків праці України та Європейського Союзу.

Таким чином, соціальний діалог у сфері зайнятості – це спосіб реалізації державної соціальної політики у сфері зайнятості населення на договірній основі за участю працівників, роботодавців та уряду у процесі прийняття рішень щодо сприяння та забезпечення зайнятості населення. Соціальний діалог тих, хто надає роботу, і тих, хто своєю працею створює матеріальні і духовні цінності для існування усіх членів суспільства, є серцевиною доктрини зайнятості, яка має слугувати в якості теоретичного зразка, моделі вирішення проблем, які виникають у держави, роботодавців, працівників та їх представників (професійні спілки, організації роботодавців, трудові колективи) при визначенні принципів, форм, методів нормативного регулювання відносин з приводу реалізації громадянами права на зайнятість. Соціальний діалог як у державному, так і світовому масштабі повинен стати інструментом втілення соціальної справедливості, суспільної та економічної злагоди усіх учасників ринку праці через вироблення загальних засад та конкретних механізмів забезпечення високого рівня зайнятості населення і гідної праці.

Олексій Шевчук,

*аспірант відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)*

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Розбудова справді демократичної держави в Україні найтіснішим чином пов'язана із забезпеченням принципу поділу влади. Так, відповідно до ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої

та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України¹.

В українській правовій науці існують різні позиції щодо виконавчої влади. Так, В.В. Марченко визначає виконавчу владу як вид державної влади, здійснюваною спеціальною системою, встановленою Конституцією й законами України, державними органами шляхом управління суспільними відносинами з метою збереження державного суверенітету, економічної й політичної самостійності держави, здійснення внутрішньої й зовнішньої політики, виконання Конституції й законів, дотримання прав, свобод і інтересів учасників суспільних відносин².

Варто зауважити, що М.П. Кунцевич слушно визначає, що за змістовним критерієм функції виконавчої влади можна поділити на: управлінську, регулятивну, репресивну, контрольну, правозабезпечувальну, правозахисну та функцію ресурсного забезпечення³.

Відтак, саме на органи виконавчої влади покладається здійснення управлінської діяльності в усіх відповідних галузях суспільних відносин. Виходячи із складності та динамічності таких суспільних відносин та специфіки їх регулювання та управління, слід виділити такі ознаки органів центральних виконавчої влади, як:

- спеціалізація – спрямованість на вирішення суспільно-значимих задач в конкретній сфері суспільного життя (оборона, юстиція, боротьба зі злочинністю, інфраструктура, аграрна політика тощо). Спеціалізація визначає також і ту обставину, що одним з відповідних центральних органів виконавчої влади ні за яких обставин не можуть бути виконані (принаймні ефективно виконані) функції, притаманні іншому органу.

- підпорядкування органів виконавчої влади уряду (його главі) та постійна координація діяльності міністерств і інших центральних органів виконавчої влади в рамках Кабінету Міністрів України. Така координація в першу чергу продиктована раціональним витрачанням бюджетних коштів та недопущенням домінування одних управлінських галузей над іншими – наприклад, надмірної мілітаризації чи розбудови поліцейської системи.

- розповсюдження юрисдикції відповідного міністерства на всю територію держави і наявність територіальних підрозділів (управління, територіальні управління, головні управління, відділи тощо), діяльність яких опосередко-

¹ Конституція України // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/print1477036934495976>

² Марченко В.В. Шодо сутності виконавчої влади / В.В. Марченко // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. Серія «ПРАВО». – 2012 р. – Випуск 19. – С. 21-28.

³ Кунцевич М.П. Функції виконавчої влади / М.П. Кунцевич // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 60. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2013. – С. 140-145.

ується в межах адміністративно-територіальної одиниці. В деяких випадках такі підрозділи можуть бути подвійного підпорядкування – з одночасним підпорядкуванням міністерству (іншому центральному органу виконавчої влади) та органам місцевого самоврядування.

В конституційному законодавстві України діяльність органів виконавчої влади врегульована в рамках Розділу VI, що має назву «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади». В той же час норми даного розділу врегульовують виключно загальні засади виконавчої влади в рамках Кабінету Міністрів України та місцевих органів державної влади. Виняток становить лише ст. 114, частиною 1 якої встановлюється, що до складу Кабінету Міністрів України входять Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр, віце-прем'єр-міністри, міністри та ч. 4 цієї ж статті, яка визначає порядок, згідно з яким Міністр оборони України, Міністр закордонних справ України призначаються Верховною Радою України за поданням Президента України, інші члени Кабінету Міністрів України призначаються Верховною Радою України за поданням Прем'єр-міністра України.

Частиною 2 ст. 1 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» визначено, що Кабінет Міністрів України здійснює виконавчу владу безпосередньо та через міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим та місцеві державні адміністрації, спрямовує, координує та контролює діяльність цих органів. Частина 2 ст. 6 цього ж Закону встановлено, що посадовий склад (кількість та перелік посад) новоствореного Кабінету Міністрів України визначається Верховною Радою України за поданням Прем'єр-міністра України одночасно з призначенням персонального складу Кабінету Міністрів України у порядку, встановленому статтею 9 цього Закону. У разі прийняття Кабінетом Міністрів України рішення про утворення, реорганізацію або ліквідацію міністерства посадовий склад Кабінету Міністрів України вважається зміненим з дня прийняття такого рішення¹.

Відтак, основним нормативно-правовим актом що врегульовує діяльність центральних органів виконавчої влади є Закон України «Про центральні органи виконавчої влади». Зі змісту ст. 1 цього Закону можна зробити висновок що систему центральних органів виконавчої влади складають міністерства України (далі – міністерства) та інші центральні органи виконавчої влади. Система центральних органів виконавчої влади є складовою системи органів виконавчої влади, вищим органом якої є Кабінет Міністрів України.

Міністерства забезпечують формування та реалізують державну політику в одній чи декількох сферах, інші центральні органи виконавчої влади виконують окремі функції з реалізації державної політики. Повноваження мініс-

¹ Закон України «Про Кабінет Міністрів України» // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/794-18/print1477592314982025>

терств, інших центральних органів виконавчої влади поширюються на всю територію держави.

Частиною 1 ст. 6 цього ж Закону визначено, що міністерство є центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну політику в одній чи декількох визначених Кабінетом Міністрів України сферах, проведення якої покладено на Кабінет Міністрів України Конституцією та законами України.

Згідно ст. 16 Закону, центральні органи виконавчої влади утворюються для виконання окремих функцій з реалізації державної політики як служби, агентства, інспекції. Діяльність центральних органів виконавчої влади спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через відповідних міністрів згідно із законодавством¹.

Таким чином, конституційно-правові норми закладають основу для створення та функціонування системи міністерств (метою функціонування яких є формування та реалізація державної політики в одній чи декількох близьких сферах) та інших центральних органів виконавчої влади (що здійснюють конкретні функції в рамках визначеної сфери і є по суті «автономними підрозділами» в рамках відповідних міністерств). Надалі такі конституційно-правові норми втілюються у спеціальному законодавстві.

Алла Ширант,
к.ю.н., адвокат БВПД

ТРУДОВІ СПОРИ – НЕДОЦІЛЬНІСТЬ ЗМАГАЛЬНОСТІ

Трудові спори в Україні розглядаються судами двох юрисдикцій – судами загальної юрисдикції за процесуальними правилами, які містяться в Цивільно-процесуальному кодексі України (далі ЦПК) та судами адміністративної юрисдикції за правилами, які містить Кодекс адміністративного судочинства України (далі КАСУ).

Внаслідок вказаного, незважаючи на наявність в національному законодавстві задекларованих принципів рівності всіх працівників та заборону їх дискримінації ми маємо ситуацію коли звільнені працівники мають різний ступень процесуального захисту їх прав в судах, оскільки вказані кодекси мають суттєві відмінності.

Вищевказане має місце через наявність різних принципів процесуального судочинства (в ЦПК та КАСУ), а саме: в різному визначені сторони судового розгляду (відповідача-роботодавця або позивача-працівника) на якому лежить тягар доведення у справі (в даному випадку – порушення трудових прав).

¹ Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3166-17/print1477036934495976>

Згідно статті 179 ЦПК предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення. Для встановлення у судовому засіданні фактів досліджуються показання свідків, письмові та речові докази, висновки експертів.

Згідно статті 10 ЦПК цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості. Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Суд сприяє всебічному і повному з'ясуванню обставин справи: роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджує про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприяє здійсненню їхніх прав у випадках, встановлених цим Кодексом.

Однією з актуальних проблем трудових спорів, які розглядається особливо за правилами ЦПК, є суттєве ускладнення надання доказів працівниками-позивачами, оскільки, як правило, переважна більшість письмових доказів знаходиться у роботодавця. Й, відповідно, роботодавці-відповідачі можуть не надавати працівнику-позивачу докази, які свідчать на користь працівників-позивачів, а іноді й їх спотворювати або, навіть, знищувати.

При цьому окремою проблемою захисту інтересів позивача-працівника є здобуття доказів з показів свідків, оскільки свідки, як правило, є працівниками відповідача-роботодавця і або відмовляються від надання свідчень суду, або такі свідчення не мають доказового значення для справи.

Враховуючи вищевказане більш ефективним є судовий процес щодо вирішення трудових спорів, який здійснюється за правилами КАСУ, при цьому слід зазначити, що в двох процесах (адміністративному та цивільному) є спільні риси: у статті 11 КАСУ також як і у вищевказаній статті ЦПК зазначено, що розгляд і вирішення справ в адміністративних судах здійснюються на засадах змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості. Суд розглядає адміністративні справи не інакше як за позовною заявою, поданою відповідно до цього Кодексу, і не може виходити за межі позовних вимог.

При цьому відміним є те, що суди адміністративної юрисдикції, на відміну від судів цивільної юрисдикції, можуть вийти за межі позовних вимог, але тільки у разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять.

Суди адміністративної юрисдикції на відміну від судів цивільної юрисдикції можуть вживати передбачені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи, при цьому суд повинен запропонувати особам, які беруть

участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребувати докази, яких, на думку суду, не вистачає.

При цьому згідно положень статті 72 КАСУ в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову. Суб'єкт владних повноважень повинен подати суду всі наявні у нього документи та матеріали, які можуть бути використані як докази у справі. Якщо особа, яка бере участь у справі, без поважних причин не надає докази на пропозицію суду для підтвердження обставин, на які вона посилається, суд вирішує справу на основі наявних доказів.

Отже результатом аналізу вищевказаних процесуальних положень є висновок про те, що працівники-позивачі у трудових спорах (з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби), які розглядаються згідно вимог КАСУ, є у значно вигравшому становищі, ніж працівники-позивачі, трудові спори яких розглядаються згідно вимог ЦПК – тому що тягар доведення відсутності порушень трудових прав працівника-позивача покладається на роботодавця і відсутність доказів у позивача-працівника не створює суттєвий ризик відмови у позові, який існує при розгляді аналогічного трудового спору в цивільній юрисдикції.

Враховуючи вищевказане з метою усунення дискримінації між працівниками, які мають право звертатися до суду згідно вимог КАСУ та тими працівниками, які можуть звертатися до суду згідно положень ЦПК, доцільно закріпити в законі право всіх працівників (як держслужбовців так і всіх інших) звертатися до суду за вирішенням трудового спору за правилами, встановленими КАСУ.

Задля підвищення якості судочинства також доцільно закріпити в процесуальному законі (КАСУ) вимоги до стандартів доведення при вирішенні трудових спорів. Як відомо, поняття стандарт доведення походить з англо-саксонської системи права, і є досить вдалим для застосування в судовій практиці, оскільки сприяє передбачуваності як, власне, самого судового процесу, так і його результату. Такими стандартами є – стандарт поза розумним сумнівом, стандарт чітких та переконливих доказів, стандарт баланс ймовірностей, стандарт обгрунтованої (розумної) підозри.

При цьому, слід зазначити, що стандарт поза розумним сумнівом та стандарт обгрунтованої (розумної) підозри застосовується, як правило, при розгляді кримінальних справ.

При вирішенні трудових спорів можуть бути використані такі стандарти як стандарт чітких та переконливих доказів та стандарт баланс ймовірностей. Стандарт баланс ймовірностей означає, що суд приймає рішення на користь

сторони, яка надала більш переконливі (не обов'язково абсолютно переконливі) докази¹.

При цьому все ж таки більш доцільним при вирішенні трудових спорів за правилами КАСУ є стандарт доведення відповідачем-роботодавцем відсутності порушень трудових прав працівника-позивача шляхом надання чітких та переконливих доказів, оскільки саме в цьому випадку буде можлива практична реалізація положень статті 3 Конституції України, згідно якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Bartosz Szolc-Nartowski,
doctor nauk prawnych,
Zakład Prawa Rzymskiego,

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego

TREBACJUSZ OSAMOTNIONY. MIĘDZY ELASTYCZNOŚCIĄ ROZWIĄZAŃ A LEGALIZMEM / ГАЙ ТРЕБАТИС НА САМОТІ. МІЖ ГНУЧКІСТЮ РІШЕНЬ ТА ЗАКОННІСТЮ

Problem, któremu próbujemy się przyjrzeć to kwestia możliwości ustalenia treści zobowiązania przez jedną ze stron. Uwagi poniższe ograniczają się do materii legatów. Nie pytamy raczej czy od woli dziedzica uzależnić można istnienie zobowiązania z legatu damnacyjnego, pytamy raczej czy może on określić zakres swojego zobowiązania, jeśli tak, to w oparciu o jakie kryteria.

Czytając teksty źródłowe poświęcone problematyce *arbitrium boni viri* w prawie spadkowym napotkałem tekst bardzo interesujący. Ukazuje on dyskusję toczoną między starożytnymi prawnikami obejmującą kwestię możliwości pozostawienia woli dziedzica określenia miary legatu, tj. ilości czy objętości zapisanych rzeczy. Jest to fragment Jawolenusa z księgi drugiej Pośmiertnego wyciągu z pism Labeona. Przez kompilatorów justyniańskich umieszczony został w księdze 33 Digestów w tytule „o zapisie pszenicy, wina lub oliwy”.

D. 33.6.7 *pr. (Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis): Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum pater familias reliquisset, legatum putant: Labeo id probat idque verum est.*

Testator pozostawił żonie w legacie *per damnationem* wino, oliwę, ocet, miód i soloną rybę. Nie określił jednak ile z każdej z tych rzeczy dziedzic winien świadczyć żonie. Według Trebacjusza żonie nie należy się więcej niż zechciałby dać dziedzic.

¹ Будылин С. Стандарты доказывания в России и за рубежом. URL: https://zakon.ru/blog/2014/2/12/standarty_dokazyvaniya_v_rossii_i_za_rubezhom_proekt_stati

Według przeważającej jednak opinii prawników żonie należy się z tych rzeczy wszystko, co ojciec rodziny zostawił. Przyjmując tę interpretację wydaje się, że prawnicy dążyli do określenia zakresu zobowiązania, jego treść musiała być określona. W przeciwnym bowiem przypadku, jeśli odrzucić rozwiązanie proponowane przez Trebacjusza, pozostaje uznać legat za nieważny. Juryści jednak tego nie chcą i w ten sposób skutki nieprecyzyjnego oświadczenia testatora ponieść musi spadkobierca.

Chciałbym zatrzymać się nad tym rozwiązaniem, które zostało odrzucone. Treść fragmentu niewątpliwie jest świadectwem, że pod koniec republiki rzymskiej toczyła się dyskusja co do konstrukcji legatu damnacyjnego. Pogląd Trebacjusza uzależniającego rozmiar obowiązku świadczenia przez dziedzica od jego woli wydaje się być pozornie nierozsądny i nieco dziwaczny. Według swojego uznania dziedzic może przyznać żonie testatora symboliczną miarę zapisanych rzeczy i w ten sposób wypełni swoje zobowiązanie. *Reductio ad absurdum*. Opinia pozostałych jurystów wydaje się być trafna: po prostu dokonują zabiegu mającego na celu utrzymanie w mocy zapisu na rzecz żony, który ma przecież charakter alimentacyjny. W przeciwnym razie wobec jego niedookreśloności zapis byłby nieważny a żona pozostawiona bez środków utrzymania. Takie rozwiązanie staje się źródłem reguły *legatum in heredis potestate poni non potest*.

Należy jednak przyjąć, że nie była to kontrowersja między rozsądnym a nierozsądnym rozwiązaniem a raczej prezentacja różnych rozwiązań, z których każde miało swoje racjonalne i jurydyczne uzasadnienie. Charakter legatu damnacyjnego polegał na pewnym współdziałaniu dziedzica i testatora. Dziedzic występował tu jako pośrednik, realizator woli testatora czy jego powiernik. Nie bez znaczenia było zaufanie, którym testator obdarzał dziedzica. Poza tym był to zapis na rzecz żony, a dziedzic mógł być osobą dość dobrze zorientowaną w jej potrzebach, przedmiot legatu przecież był ściśle powiązany z potrzebami życia codziennego. Przy tego typu legacie – jak zauważają C. Ferrini i G. Grosso – istniała potrzeba zwrócenia uwagi nie tylko na element woli testatora, ale także, choć w ograniczonym zakresie, na wolę dziedzica. Ta ograniczona była powierzonym zaufaniem. Być może nie bez znaczenia dla takiej interpretacji byłby fakt, że Trebacjusz obok Serviusza Sulpicjusza był jednym z prawników świeckich, który zajmował się także prawem sakralnym (napisał *De religionibus libri*). Nie była to zapewne sprawa błaha, lecz wywołująca poważne wątpliwości i Trebacjusz jako współczesny autorytet prawniczy poproszony był o wydanie *responsum*, które te wątpliwości rozstrzygało w toku konkretnego procesu i zapewne powoływane stanowisko Trebacjusza było rozstrzygnięciem w tej sprawie. Jednakże owa próba uelastycznienia konstrukcji legatu damnacyjnego nie powiodła się. Lukę tę w przyszłości wypełnić miało wprowadzenie zaskarżalności fideikomisów. Trebacjusz nie potrzebował użyć rozróżnienia na *arbitrium merum* i *arbitrium boni viri* (powstałego chyba jednak później: mamy świadectwo Prokulusa dotyczące kwestii ustalenia udziałów w spółce przez jednego z współników), upatrując prawdopodobnie źródła należytego wypełnienia obowiązku przez dziedzica w stosunkach społecznych. Póź-

niejsze wprowadzenie kryterium *arbitrium boni viri* przy określeniu zakresu uznania obowiązku dziedzica miało więc charakter normatywizujący i obiektywizujący.

W omawianym tekście nie ma jednak wzmianki o tym, że testator powierzył określenie zakresu zobowiązania dziedzicowi. To rozwiązanie podsuwa Trebacjusz. Juryści widocznie nie chcieli uzupełniać woli spadkodawcy, uznając, że takie rozwiązanie problemu idzie za daleko. Z drugiej strony starali się utrzymać legat na rzecz żony w mocy.

Co innego, jeśli testator powierzył określenie zakresu zobowiązania. Interesujące jest przekazane przez Celsusa świadectwo dyskusji, która miała miejsce między Tubero a Labeonem. Dotyczyła ona interpretacji zapisu testamentu, w którym ojciec pozostawił w legacie córce posag według uznania opiekunów (*arbitratu tutorum*).

D. 32.43 (*Celsus libro quinto decimo digestorum*): *Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitratu legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitratu constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.*

Uzasadnienie powierzenia osądu opiekunom jest oczywiście praktyczne, mając najlepszą wiedzę, zastępują wolę ojca. Musiała być jednak wątpliwość co do takiego rozstrzygnięcia, albo znowu tendencja do normatywizacji i obiektywizacji. Według Tuberona *arbitrium* powinno zostać sprowadzone do *arbitrium boni viri* a ściślej zapis winien być interpretowany, jakby został powierzony do wykonania wedle *arbitrium boni viri*. Takie rozwiązanie znowu wydaje się mieć na celu wprowadzenie elementu określoności świadczenia i utrzymanie w mocy dyspozycji. Do dyskusji włącza się Labeo pytając, w jaki sposób będzie wiadomo, w jakiej wysokości posag powinien być ustanowiony dla córki każdego jednego spadkodawcy. Pytanie to wydaje się podnosić wątpliwości co do zasadności rozstrzygnięcia Tuberona. Stanowisko, jakie zajmują prawnicy wobec siebie, nie jest jasne. Z jednej strony, podniesiona przez Labeona wątpliwość zostaje usunięta, jurysta tłumaczy na czym winno polegać zastosowanie w tej sytuacji kryterium *boni viri*. Twierdzi, że w zasadzie jest to łatwe – należy uwzględnić godność, majątek oraz liczbę dzieci sporządzającego testament. Z drugiej strony banalność rozwiązania może sugerować, że w istocie jest to wypowiedź nieco ironiczna. Być może Labeo uznaje, że jeśli istnieją pewne obiektywne kryteria pozwalające na ustalenie wysokości obowiązku świadczenia przez dziedzica odesłanie do *arbitrium boni viri* jest nieuprawnione, czy stanowi daleko idąca zapobiegliwość. Istotna mogła być też inna myśl: przyjęcie *arbitrium boni viri* oznacza, że przedmiot legatu został określony a to pozwala na utrzymanie legatu w mocy.

Osądowi dziedzica testator pozostawiał niekiedy wypełnienie warunku. Przykład daje Q. Cervidius Scaevola w tekście pochodzącym z księgi czwartej odpowiedzi.

D. 33.1.13.1 (*Scaevola libro quarto responderum*): *Uxore herede scripta ita cavit: «Libertis meis omnibus alimentorum nomine singulis annuos denarios duodecim ab herede dari volo, si ab uxore mea non recesserint». Quaero, cum pater familias sua voluntate de civitate difficile profectus sit, ea autem adsidue proficiscatur, an liberti cum ea proficisci*

debeant. Respondi non posse absolute responderi, cum multa oriri possint, quae pro bono sint aestimanda: ideoque huiusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est. Item quaeritur, cum proficiscens eis nihil amplius optulerit ac per hoc eam secuti non sint, an legatum debeatur. Respondit et hoc ex longinquis brevibusque excursionibus et modo legati aestimandum esse.

Testator ustanowił spadkobierczynię żoną z zastrzeżeniem, że chce aby jego spadkobierca świadczył wszystkim jego wyzwoleńcom na utrzymanie po dwanaście denarów co roku, o ile nie odejdą od jego żony. Ponieważ spadkodawca rzadko wyjeżdżał z miasta, żona zaś ciągle wyjeżdżała, powstało pytanie, czy wyzwoleńcy powinni z nią podróżować. I tu jurysta pokazuje użyteczność kryterium *arbitrium boni viri*, twierdząc że nie ma jednoznacznej odpowiedzi, bowiem może zaistnieć wiele sytuacji, które trzeba będzie ocenić w każdym przypadku wedle poczucia słuszności – *pro bono sint aestimanda*. Dlatego tego rodzaju różnorodność stanów faktycznych winna być oceniana wedle *arbitrium boni viri*. Bierzemy pod uwagę wolę testatora, ale także i dziedzica, choć w ograniczonym zakresie, jest on niejako przedłużeniem ręki testatora z za grobu.

W kolejnym tekście (D. 33.1.3.1-3, Ulp. lib. 24 ad Sab.) zapis opiewający na przykładowe trzydzieści pozostawiono dziedzicowi do wypłaty dodając, że ma to nastąpić w nierównych ratach płatnych w trzech częściach co roku.

Ulpian udziela odpowiedzi, że dziedzic powinien wypłacić raty w takiej wysokości, w jakiej wskazałby uczciwy człowiek, czyli – jak uznaje – tak żeby odpowiadały finansowym możliwościom majątku zmarłego i stanu w jakim majątek ten się znajduje. Jurysta stara się uwzględnić wyrażoną w testamencie wolę zmarłego i nadać dyspozycji zmarłego rozsądną treść. Nie bez powodu bowiem testator wspomniał o nierównych ratach. Jeśli zaś testator sam dodałby, że ustalenie rat nastąpić ma *virii boni arbitratu*, wypłata rat nastąpić ma wedle Ulpiana – stosownie do sytuacji majątku spadkowego oraz bez udręki i szkody dla spadkobiercy (*sine vexatione et incommodo heredis*). Możliwe też było wyraźne przekazanie spadkobiercy wyboru co do ustalenia wysokości świadczenia rat. Tu jednak świadczenie było określone a dziedzicowi testator zapewniał elastyczność przy spełnieniu zobowiązania.

Sztynność rozwiązań przyjętych pod koniec republiki, której wyrazem jest reguła *legatum in heredis potestate poni non potest przełamana* zostaje przez wprowadzenie instytucji fideikomisów. Pierwotnie jest instytucją oparta jedynie na zaufaniu, później przez wprowadzenie zaskarżalności w *cognitio extra ordinem* staje się instytucją, która daje większą swobodę interpretatorowi oceniającemu ważność fideikomisu jak i interpretacji mającej swe oparcie w woli autora dyspozycji. W źródłach spotkać można klauzulę *si volueris, si iustum putaveris, si aestimaveris, si comprobaveris*.

D. 30.75 pr. (*Ulpianus libro quinto disputationum*):

pr. Si sic legatum vel fidei commissum [fideicommissum] sit relictum «si aestimaverit heres» «si comprobaverit» «si iustum putaverit», et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.

Ulpian przekazuje że jeśli zapis bądź fideikomis pozostawiono w następujący sposób “ jeśli spadkobierca uzna to za dobre”, “ jeśli to zatwierdzi”, „jeśli uzna to za słuszne”, zarówno zapis jak i fideikomis będą należne, ponieważ powierzono je spadkobiercy jako uczciwemu człowiekowi, a nie pozostawiono jego nieskrępowanej woli. Być może jak chciał G. Beseler i G. Grosso tekst pierwotny tekst dotyczył wyłącznie legatów a rozwiązanie było negatywne – *legatum non debetur*, natomiast końcowy fragment został dodany przez kompilatorów. Kompilatorzy chcieli zrównać rozwiązania dotyczące legatów i fideikomisów.

Przejdźmy do następnego tekstu, znowu autorstwa Ulpiana, zaczerpniętego przez kompilatorów justyniańskich z drugiej księgi fideikomisów:

D. 32.11.7-8 (*Ulpianus libro secundo fideicommissorum*): *Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur «si volueris», tamen si ita adscriptum fuerit: «si fueris arbitratus» «si putaveris» «si aestimaveris» «si utile tibi fuerit visum» vel «videbitur», debetur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum. 8. Proinde si ita sit fideicommissum relictum: «illi, si te meruerit», omnimodo fideicommissum debetur, si modo meritum quasi apud virum bonum collocare fideicommissarius potuit: et si ita sit «si te non offenderit», aequè debetur: nec poterit heres causari non esse meritum, si alius vir bonus et non infestus meritum potuit admittere.*

Kluzula *si volueris* – *jesli zechciałbyś* powodowała nieważność fideikomisu, jednak dodanie zwrotu *jesli uznałbyś, stwierdziłbyś, oceniłbyś* i innych klauzul tego typu, uznawane było za dopuszczalne. Pierwszy zwrot uzależniał bowiem fideikomis od nieskrępowanej woli spadkobiercy – brak więc tu źródła dla zobowiązania, zwroty ocenne pozwalały na weryfikację wykonania nałożonej prośby przez dysponenta w oparciu o kryterium, które zaaprobowałby modelowy *vir bonus*. Podobnie jeśli fideikomis został sporządzony z dodaniem klauzuli „temu, jeśli wobec ciebie się zasłuży”, spadkobierca nie może bronić się skutecznie twierdząc, że fideikomisariusz się nie zasłużył, jeśli inny uczciwy człowiek i bezstronny twierdziłby że się zasłużył.

Analiza poszczególnych zwrotów przez jurystów oznacza, że badali oni, czy w konkretnym przypadku chodziło o dopełnienie przez dziedzica życzeń czy prób zmarłego. Fideikomis był ta instytucją, która pozwalała niejako, wedle zwrotu Franciszka Longchamp, na interwencję w przyszłość, jakiej nie dawała inna instytucja prawna. Zaś – by użyć słów P. Frezza – atmosfera fideikomisów, które na początku były instytucją metaprawną – pozwalała na swobodę oceny. Opinia Trebacjusza jednakże pozostaje próbą uczynienia legatu damnacyjnego bardziej elastycznym tak, by zadośćuczynić życzeniom zmarłego.

Вікторія Шпіляревич,
*к.ю.н., викладач кафедри кримінального права
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника
(м. Івано-Франківськ)*

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ БЕЗПЕКИ В СИСТЕМІ ЗАХОДІВ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

На сьогодні одним із пріоритетних напрямів внутрішньої політики будь-якої держави є протидія злочинності. Політика держави у сфері протидії злочинності передбачає комплекс заходів, серед яких головну роль виконують заходи соціального, економічного, політичного, правового, організаційного і культурно-виховного характеру. У системі правових заходів певне місце посідають кримінально-правові заходи безпеки, які є різновидом заходів кримінально-правового характеру, передбачених Кримінальним кодексом України (далі – КК України), які від імені держави за мотивованим рішенням суду застосовуються до особи, що перебуває у «небезпечному стані», з метою запобігання повторному вчиненню нею суспільно небезпечного діяння, яке підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України¹.

На жаль, у нашій державі зазначені вище заходи у сфері кримінально-правової політики України, як самостійний вид профілактичного впливу, досі не визнаються і, мабуть, через це не отримали свого належного закріплення у законі України про кримінальну відповідальність. Свідченням цього є те, що у Загальній частині чинного КК України дотепер немає жодної норми, не кажучи про окремий самостійний інститут, яка визначала б поняття, систему, мету та підстави застосування відповідних заходів.

Досліджуючи місце кримінально-правових заходів безпеки у сфері протидії злочинності доцільно звернути увагу на функції, які вони виконують і реалізація яких спрямована на досягнення цілей кримінально-правової політики України та виконання тих завдань, які стоять перед КК України. Насамперед варто зазначити, що слово «функція» походить від латинського «functio» – виконання, здійснення, діяльність, обов’язок, робота, призначення². Із філософської точки зору, функція являє собою основні напрями діяльності (виконання, здійснення) у межах певної системи, до якої вона належить³. Враховуючи вище викладене, слід зазначити, що функції кримінально-правових

¹ Шпіляревич В. В. Кримінально-правові заходи безпеки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право / В.В. Шпіляревич. – Львів, 2015. – с. 4, 8, 12.

² Словарь иностранных слов / под ред. И. А. Лехина и проф. Ф. Н. Петрова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1949. – С. 706.

³ Керимов Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. – М., 1972. – с. 190; Философская энциклопедия: в 5-ти т. – Т. 5. – М., 1970. – с. 168, 437.

заходів безпеки – це основні напрями правового впливу на найважливіші суспільні відносини, які виникають з приводу вчинення особою суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, та вказує на наявність у неї так званого «небезпечного стану», шляхом усунення потенційної ймовірності повторно вчинити нею це ж діяння. Зокрема, вбачається, що кримінально-правові заходи безпеки у діяльності, пов'язаній з протидією злочинності, виконують охоронну, захисну, навчально-виховну, лікувально-реабілітаційну, контрольно-наглядову та спеціально-превентивну функції.

А зараз більш детально про зміст кожної із них.

Охоронна функція кримінально-правових заходів безпеки спрямована на охорону найважливіших суспільних відносин кримінально-правовими заходами безпеки шляхом визначення їх системи у Загальній частині КК України або безпосередньої регламентації у санкції норми відповідної статті Особливої частини КК України, що дозволяє застосовувати такі заходи до особи, у випадку вчинення нею того чи іншого суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, та перебуває у так званому «небезпечному стані».

Захисна функція кримінально-правових заходів безпеки спрямована на захист порушених прав і свобод людини і громадянина шляхом безпосереднього застосування їх до відповідної особи, яка уже вчинила конкретне суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, і перебуває у так званому «небезпечному стані».

Навчально-виховна функція кримінально-правових заходів безпеки має педагогічний та соціальний зміст, оскільки вона пов'язана із застосуванням до неповнолітніх правопорушників, які вчинили суспільно небезпечне діяння, не залежно від того, досягли вони віку кримінальної відповідальності, чи ні, примусових заходів виховного характеру, у разі звільнення їх за наявності відповідних підстав, передбачених КК України, від кримінальної відповідальності чи покарання. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 105 КК України, суд може застосувати до неповнолітнього, звільнивши його від кримінальної відповідальності чи покарання, такі примусові заходи виховного характеру¹:

а) застереження;

б) обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього;

в) передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання;

г) покладення на неповнолітнього, який досяг п'ятнадцятирічного віку і

¹ Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341 – III // ВВР. – № 25 – 26. – 2001. – ст. 131.

має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків;

г) направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення, але на строк, що не перевищує трьох років.

Навчально-виховна функція забезпечує свою реалізацію також й у разі призначення неповнолітньому у порядку, передбаченому законом, вихователя та застосування до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у стані обмеженої вікової осудності, педагогічно-лікувальних заходів з метою забезпечення їх повної психо-педагогічної корекції.

Лікувально-реабілітаційна функція кримінально-правових заходів безпеки реалізується шляхом застосування за рішенням суду до особи, яка перебуває у так званому «небезпечному стані», примусових заходів медичного характеру чи передачі її на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом через наявність у неї психічного захворювання, або застосування примусового лікування у разі наявності у останньої на момент вчинення злочину хвороби, що становить небезпеку для здоров'я інших (ч. ч. 2, 3 ст. 19, ст. 92, ч. 6 ст. 94, ч. 3 ст. 95, ч. 1 ст. 96)¹.

Відповідно до ч. 1 ст. 94 КК України, залежно від характеру та тяжкості захворювання, тяжкості вчиненого діяння, з урахуванням ступеня небезпечності психічно хворого для себе або інших осіб, суд може застосувати такі примусові заходи медичного характеру (ч. 1 ст. 94)²:

- 1) надання амбулаторної психіатричної допомоги примусово;
- 2) госпіталізація до психіатричного закладу зі звичайним наглядом;
- 3) госпіталізація до психіатричного закладу з посиленням наглядом;
- 4) госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом.

Примусове лікування може бути застосовано судом, незалежно від призначеного покарання, до осіб, які вчинили злочини та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших (ч. 1 ст. 96)³.

Варто також зазначити, що під час застосування примусових заходів медичного характеру до неповнолітніх осіб повинні бути створені всі необхідні умови для можливого продовження їх навчання і професійної підготовки.

Частково виокремлена функція забезпечує свою реалізацію також й при здійсненні комплексного професійного впливу спеціалістів (медиків) у частині застосування відповідних лікувальних заходів до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у стані обмеженої вікової осудності, з метою забезпечення їх повної фізіологічної корекції.

Контрольно-наглядова функція кримінально-правових заходів безпеки ре-

¹ Там само.

² Там само.

³ Там само.

лізується у разі застосування до особи, яка перебуває у «небезпечному стані», так званих підтримуючих заходів (звільнення особи від відбування покарання з випробуванням; звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років; звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років; умовно-дострокове звільнення від відбування покарання), адміністративного нагляду чи судимості, оскільки у зазначених вище випадках, над поведінкою відповідної особи встановлюється контроль (нагляд) з боку спеціально уповноважених на це суб'єктів – органів пробації, поліції з метою виконання (дотримання) нею тих обов'язків, які покладені на неї судом.

Зміст *спеціально-превентивної функції* кримінально-правових заходів безпеки полягає у недопущенні в майбутньому повторного вчинення відповідною особою суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, шляхом усунення того «небезпечного стану», у якому вона перебуває.

Таким чином, незважаючи на те, що кримінально-правові заходи безпеки не здатні на належному рівні вирішити завдання щодо реалізації охоронної функції кримінального права, однак їх застосування як одного із кримінально-правових засобів впливу на злочинність на достатньо високому рівні забезпечує здійснення його спеціально-превентивної функції, оскільки такі заходи спрямовані на те, щоб особа, яка перебуває у «небезпечному стані», у подальшому повторно не вчинила те чи інше суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, тобто «не укорінилася у злочинних звичках». Саме цим досліджувані заходи задовольняють потреби сучасного цивілізованого суспільства у частині забезпечення правопорядку, охорони прав і свобод людини і громадянина. Адже, як слушно зазначає І. М. Горбачова, кримінально-правові заходи безпеки за характером обмежень і безпосередньою спрямованістю своєї дії є ефективним заходом у формуванні політики держави з попередження злочинності¹.

¹ Горбачова І. М. Заходи безпеки у кримінальному праві України (порівняльно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право / Ірина Михайлівна Горбачова. – Одеса, 2008. – С. 168, 169.

Михайло Шумило,
д.ю.н., старший науковий співробітник
відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(Київ)

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПОСАДОВИХ ОСІБ УПРАВЛІНЬ ПЕНСІЙНОГО ФОНДУ ЯК ЗАПОРУКА ЯКОСТІ НАДАННЯ ПОСЛУГ¹

Соціальна сфера загалом та пенсійна зокрема, традиційно і майже безапеляційно є предметом дослідження саме галузі права соціального забезпечення. На нашу думку, це вірно, проте з одним «але», так як ця галузь права і галузь законодавства є комплексними, то і дослідження у цій сфері, відповідно, мають бути комплексними із виходом за межі тільки цієї галузі. Найперше це стосується пенсійного забезпечення, яке з урахуванням реформи 2017 року все більше віддаляється від галузі права соціального забезпечення. Сьогодні вже без глибоких наукових пошуків можна однозначно стверджувати, що новочасне пенсійне забезпечення вже давно не може бути інститутом галузі права соціального забезпечення, а після реформи і підгалуззю, а впевнено рухається в бік автономізації та окремішності. На це є і історичні передумови, які були розглянуті в інших наукових розвідках². Проте і за таких умов окремі автори намагаються нові відносини, які виникають у сфері пенсійного забезпечення розглядати через призму старих радянських догматів ігноруючи зміни навколо проте це питання іншого наукового аналізу.

Якщо проаналізувати правову природу діяльності управлінь Пенсійного фонду України (далі – ПФУ), то можна дійти висновку, що це ніщо інше як адміністративна послуга, якою є і інші види послуг в сфері соціального захисту. Якщо ж ми починаємо розглядати її саме через призму адміністративного права, що буде правильним, то і відповідь на питання відповідальності посадових осіб ПФУ знімається автоматично, бо зрозуміла траєкторія подальшого наукового пошуку.

В теорії права соціального забезпечення питання відповідальності посадових осіб ПФУ піднімалося неодноразово. Білоруський вчений М.П. Капильський у цьому сенсі зазначає, що одним із найважливіших засобів охорони (захисту) прав громадян у сфері пенсійного забезпечення є інститут відповідальності. Позитивна відповідальність полягає в обов'язку організацій та посадових осіб

¹ Публікація містить результати досліджень, проведених при грантовій підтримці Держаного фонду фундаментальних досліджень за конкурсним проектом «Правове регулювання пенсійного забезпечення в Україні та Республіці Білорусь: становлення, сучасний стан, перспективи розвитку і взаємодії» № 22742.

² Шумило М.М. Правовідносини у сфері пенсійного забезпечення в Україні: моногр. – К. : Ніка-Центр, 2016. – С. 261-262.

здійснювати корисні, «позитивні» для суспільства функції, що реалізуються в регулятивних правовідносинах, за яких зобов'язана сторона знаходиться в стані підконтрольності та підзвітності. Ретроспективна відповідальність пов'язана з правопорушенням і є правовими санкціями щодо порушника. Законодавство повинно мати чітку норму про відповідальність службовців за протиправні дії, що завдали шкоди¹.

Ця проблематика знайшла своє відображення і в працях українських науковців. С.М. Синчук на сторінках власного монографічного дослідження обстоює доцільність затвердити відповідальність соціальних установників за порушення соціально-забезпечувального законодавства, якщо вони спричинили втрату повністю чи частини соціально-забезпечувального надання, у розмірі визначеного соціального блага або пропорційно до його втрати та/або із виплатою компенсації за невчасне його утримання². Проте вчена не зупиняється тільки на самій ідеї закріплення відповідальності, але й говорить про форму закріплення, запропонувавши дві форми: перша – це норми в майбутньому кодифікованому акті, друга – це прийняття єдиного закону «Про відповідальність у сфері соціального забезпечення»³. Така позиція, на нашу думку, є дискусійною і може призвести до ще більшого розбалансування як соціально-забезпечувального, так і всього законодавства, оскільки (якщо керуватися такою логікою) можна приймати закони про відповідальність у сфері сімейних, земельних, екологічних та інших відносин. Юридична відповідальність має чотири форми: кримінальну, адміністративну, матеріальну та дисциплінарну. В межах цих видів необхідно і шукати приклади галузевої відповідальності. Про необхідність запровадження відповідальності у праві соціального забезпечення говорить і Г.П. Чернявська, яка вказує, що необхідно на законодавчому рівні закріпити обов'язок осіб, які забезпечують реалізацію права на соціальне забезпечення, компенсувати майнові втрати правоздатних осіб. Дослідниця також пропонує закріпити такі положення про компенсацію:

1) особи, які забезпечують реалізацію права на соціальне забезпечення, виплачують суб'єктові права на соціальне забезпечення компенсацію внаслідок порушення процедури та/або строків розгляду та вирішення справи про здійснення цього права, у зв'язку з чим він не отримав належного йому виду соціальної виплати чи послуги, у розмірі такої неотриманої соціальної виплати чи в сумі, що компенсує неотриману соціальну послугу. Методика визначення цієї суми розробляється та затверджується Кабінетом Міністрів України;

2) за порушення строків виплати вже призначеного соціального забезпе-

¹ *Капыльскі М.П.* Охрана прав граждан на пенсионное обеспечение в Республике Беларусь: моногр. / *М.П. Капыльскі*. – Минск: РИВШ БГУ. – 2004. – С. 50–51, 110.

² *Синчук С.М.* Правовідносини соціального забезпечення: суб'єкти, зміст, об'єкти: моногр. / *С.М. Синчук*. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2015. – С. 255.

³ Там само. – С. 256, 253-254.

чення особа, що забезпечує здійснення його виплати, виплачує отримувачеві соціального забезпечення компенсацію у розмірі, пропорційному знеціненню несвоєчасно отриманих соціальних виплат внаслідок росту індексу інфляції;

3) за порушення строків надання соціальних послуг та матеріального забезпечення у натуральній формі особа, що забезпечує їх надання, відшкодовує отримувачеві понесені ним майнові втрати¹.

Не дивлячись на достатньо розроблену на теоретичному рівні проблему відповідальності у сфері соціального забезпечення, проте, як правило, застосовується лише адміністративна відповідальність:

(1) за порушення встановлених термінів виплати пенсій ст. 41 Кодексу України про адміністративні правопорушення² від 07 грудня 1984 року № 8073 (далі – КУпАП);

(2) за порушення порядку сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (ст. 165-1 КУпАП).

Також законодавчо закріплена кримінальна відповідальність за безпідставну невиклату пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянину більш як за один місяць (ст. 175 Кримінального кодексу України³ від 05 квітня 2001 р. № 2341).

Про відповідальність йдеться і в розділі XIV Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», ч. 18 ст. 106, де передбачено, що посадові особи суб'єктів солідарної системи та накопичувальної системи пенсійного страхування, винні в порушенні законодавства про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, несуть дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову або кримінальну відповідальність згідно із законом. Частиною 1 ст. 107 цього ж Закону передбачено, що Пенсійний фонд, його органи та посадові особи за шкоду, заподіяну особам внаслідок несвоєчасного або неповного надання соціальних послуг, призначення (перерахунку) та виплати пенсій, передбачених цим Законом, а також за невиконання або неналежне виконання ними обов'язків з адміністративного управління Накопичувальним фондом несуть відповідальність згідно із законом.

Як видно з викладеного, українське пенсійне законодавство згадує про відповідальність ПФУ та її органів, однак особи, які допускають порушення пенсійного законодавства на будь-яких стадіях пенсійного процесу, ні до якої відповідальності не притягаються. Судова практика, як правило, обмежується відновленням права особи на пенсію, проте залишає без покарання посадовців

¹ Чернявська Г.П. Процедурні правовідносини соціального забезпечення: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.05 / Галина Павлівна Чернявська. – Львів, 2014. – С. 89–90.

² Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. No 8073. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

³ Кримінального кодекс України від 05.04.2001 р. No 2341 – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

ПФУ, що має негативний вплив на подальше правозастосування цим органом. Службові особи продовжують порушувати пенсійне законодавство, оскільки їхня протиправна діяльність є безкарною. Тому, на нашу думку, судам необхідно не просто відновлювати порушене право, але і притягувати у судовому процесі до відповідальності тих посадовців, які допустили порушення права на пенсію.

Приклади протиправної діяльності управлінь ПФУ, особливо у частині призначення пільгової пенсії, виходять за межі адекватного розуміння останніми чинного законодавства, що породжує довільне трактування правових норм при їх застосуванні. На нашу думку, однією із причин такого вільнодумства управлінь ПФУ загалом та їх працівників зокрема є відсутність будь-якої відповідальності за прийняті рішення. Більше того, вважаємо, що відповідальність суб'єктів правовідносин в пенсійному забезпеченні за порушення пенсійного законодавства не повинна бути односторонньою, тільки з боку пенсіонера. Очевидно, що необхідно на рівні теоретичних напрацювань, а у подальшому і впровадження в життя відповідальності органів державної влади (службовців управління ПФУ) перед перед пенсіонерами, яким завдана матеріальна шкода. Особа, яка вчинила правопорушення, притягується до відповідного виду відповідальності. Якщо працівник порушує трудову дисципліну або правила внутрішнього трудового розпорядку, то роботодавець має право притягнути його до дисциплінарної відповідальності. Очевидно, що службовці управлінь ПФУ неправильно застосовуючи норми пенсійного законодавства повинні нести за це відповідальність, так як своїми діями чи бездіяльністю може завдали шкоди (не призначили чи не вірно перерахували пенсію). Можливість притягнення до відповідальності функціонерів управлінь ПФУ до відповідальності значно підвищить рівень надання цього різновиду адміністративних послуг. Вважаємо, що приклади такого волюнтаризму з боку службовців ПФУ за принципом «хотіли призначили, хотіли скасували» є не-припустимим при здійсненні правозастосування у правовій державі.

З позиції теорії правовідносин можна розподілити таку діяльність управлінь ПФУ на кілька стадій: особа звертається за перерахунком пенсій (процедурно-організаційні відносини), управління ПФУ своїм рішення змінює правове регулювання одних тих же правовідносин зі спеціального законодавства на загальне, чим провокує виникнення пенсійного спору, а відповідно і виникнення процесуально-захистних відносин, результатом яких є визнання діяльності управлінь ПФУ протиправною, суд зобов'язує останніх повернутися до *status quo* і здійснити ті процедурно-організаційні дії, які повинні були бути здійсненні на стадії звернення за перерахунком пенсії.

Загальним висновком цього наукового пошуку є те, що посадовці, які порушують Конституцію та законодавство України, мають так само притягуватися до відповідальності, як і інші громадяни, що вчиняють правопорушення.

mgr Danuta Szczepaniak,
*Doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego i Kryminalistyki
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego
(Łódź, Polska)*

**PRZESŁUCHANIE DZIECKA W SPRAWACH O PRZESTĘPSTWA
PRZECIWKO WOLNOŚCI SEKSUALNEJ – WYBRANE ASPEKTY /
ДОПИТ ДИТИНИ У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ
ПРОТИ СЕКСУАЛЬНОЇ СВОБОДИ – ОКРЕМІ АСПЕКТИ**

Метою цієї публікації є розкриття окремих питань, що пов'язані з європейським правом захисту дітей під час допиту, у справах, пов'язаних із злочинами проти сексуальної свободи та пов'язаними із цим змінами в польському процесуальному праві.

1. Kwestią nie ulegającą najmniejszej wątpliwości jest zapewnienie takich regulacji prawnych, które w wysokim stopniu mają za zadanie chronić najwyższy interes dziecka¹, szczególnie dziecka dotkniętego przemocą seksualną. Przyjęta przez polski Komitet Rady Ministrów w dniu 12 lipca 2007 r. a wprowadzona Ustawą z dnia 26 września 2014 r. o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, sporządzonej w Lanzarote w dniu 25 października 2007 r.,² wprowadziła szereg zapisów zwiększających poziom ochrony dziecka.

Zgodnie z zapisami Konwencji pojęcie «dziecko» obejmuje każdą osobę poniżej 18 roku życia (art. 3 a), Konwencja posługuje się również terminem «ofiara», które odnosi się do dziecka będącego ofiarą seksualnego wykorzystania i niegodziwego traktowania w celach seksualnych (art. 3.c.).

Konwencja statuuje wprost sześć warunków przesłuchania dziecka. Zatem, przesłuchanie powinno się odbyć bez nieuzasadnionej zwłoki (art. 35 1 a), przesłuchanie w razie konieczności powinno się odbyć w osobnych pomieszczeniach (art. 35 1 b), przesłuchującymi powinni być odpowiednio przeszkoleni specjaliści (art. 35 1 c), przesłuchującym powinna być, co do zasady ta sama osoba (art. 35 1 d), dziecku podczas przesłuchania powinna towarzyszyć wybrana przez nie osoba, o ile nie jest to osoba, co, do której wydano decyzję odmienną, co do okoliczności sprawy (art. 35 1 e). Kolejne dwa warunki dotyczą *stricto* rozprawy, zatem dopuszczalne jest przeprowadzenie rozprawy z wyłączeniem udziału publiczności (art. 36 2.a.) oraz możliwość przesłuchania pokrzywdzonego bez jego obecności przed sądem, szczególnie przy wykorzystaniu adekwatnych technologii komunikacyjnych (art. 36 2.b.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011

¹ Pojęcie to pojawiło się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zob. Vronchenko przeciwko Estonii, wyrok Trybunału z dnia 18 lipca 2013 r., skarga nr 59632/09.

² Dz.U. 2014 poz. 1623.

r.¹ w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WsiSW, w art. 20 wskazała podobne warunki dotyczące przesłuchiwań dzieci, co Konwencja z małymi modyfikacjami. Zatem dyrektywa wprowadziła możliwość nie tylko przesłuchania dziecka, przez wyszkolonych do tego specjalistów, jak i dopuściła możliwość przesłuchania dziecka z udziałem specjalistów (art. 20.3.c). Dyrektywa podniosła stopień adekwatności liczby przesłuchań – zgodnie z zapisami Konwencji, liczba przesłuchań powinna być ograniczona do minimum. Natomiast zgodnie z dyrektywą przesłuchanie dziecka powinno nastąpić jedynie w przypadku, gdy stanowi to absolutną niezbędną do celów postępowania przygotowawczego lub sądowego (20.3.e). Dyrektywa wprowadziła niższy standard ochrony dziecka od konwencji, dopuszczając towarzyszenie wyłącznie dziecku pokrzywdzonemu podczas przesłuchania przedstawiciela prawnego lub wybranej przez dziecko osoby dorosłej przy zastrzeżeniu, że nie podjęto wobec osoby dorosłej odmiennie umotywowanej decyzji.

2. Polski ustawodawca wprowadził, wskutek konieczności dostosowania systemu prawnego do regulacji europejskich, do kodeksu postępowania karnego zmianę w art. 185a k.p.k. i art. 185b k.p.k.² Zgodnie z art. 185a § 1k.p.k. przesłuchuje się pokrzywdzonego, który nie ukończył 15 lat w charakterze świadka, tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i tylko raz. Ponowne przesłuchanie jest możliwe wyłącznie w dwóch sytuacjach, gdy wyjdą na jaw nowe nieznanne okoliczności lub gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy przy pierwszym przesłuchaniu. Zgodnie z art. 185a § 2 k.p.k. przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z obligatoryjnym udziałem psychologa, natomiast prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. W przesłuchaniu zagwarantowano prawo uczestnictwa osobie pełnoletniej, wskazanej przez pokrzywdzonego, o ile obecność takiej osoby nie będzie ograniczać swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Art. 185a § 3 k.p.k. przewiduje odtworzenie sporządzonego zapisu obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytanie protokołu przesłuchania. Ustawodawca dopuszcza możliwość przesłuchania pokrzywdzonego, w trybie art. 185a § 1-3, w sytuacji uzasadnionej obawy, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby negatywnie oddziaływać na stan psychiczny pokrzywdzonego (art. 185a § 4 k.p.k.).

Art. 185b k.p.k. reguluje, warunki przesłuchania świadka w trybie art. 185a k.p.k., w sprawach o przestępstwa określone w rozdziałach XXV (przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności) XXVI (przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece) przesłuchuje się świadków trybie art. 185a k.p.k. § 1-3, o ile przesłanki zostaną spełnione jednocześnie.³ Wskazana nowelizacja, wprowadziła również możliwość prze-

¹ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 335 z dnia 17 grudnia 2011 r.

² Dz.U. z 2013, poz. 849.

³ Grzegorzcyk T., Kodeks postępowania karnego, t. I, Artykuły 1-424, Warszawa 2014, s.662.

słuchania przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających przesłuchanie na odległość osób, które ukończyły 15 lat (art. 177 § 1a k.p.,k.), jeżeli obecność oskarżonego może oddziaływać krepująco na zeznania świadka oraz z uwagi na względy medyczne.¹

3. Zmiany w polskim prawie procesowym, wynikające z obowiązku implementacji, zarówno Konwencji, jak i Dyrektywy 2011/ 93/UE, wydają się w pełni odzwierciedlać postanowienia wskazanych aktów prawnych. Wydaje się, że dalsze zmiany w polskim kodeksie postępowania karnego w zakresie przesłuchania dziecka, wiązać się będą z ustanowieniem kuratora dla małoletniego pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w którym oskarżonym jest jeden z rodziców małoletniego. Problem ten dostrzegł Trybunał Konstytucyjny, wydając postanowienie sygnalizacyjne, z dnia 11 lutego 2014 r. (sygn. Akt S 2/14), problem podniesiony został również przez Rzecznika Praw Obywatelskich.²

Ольга Явор,
к.ю.н., доцент кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків)

ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ШЛЮБУ: ІННОВАЦІЙНІ ПІДХОДИ ЗА СІМЕЙНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Процедура державної реєстрації юридично значущих обставин не є інститутом, специфічним для сімейного права. Ціла низка юридичних фактів у сімейному праві набуває здатності виступати підставою для настання відповідних юридичних наслідків тільки після проходження процедури державної реєстрації. Це, зокрема, такі юридичні факти як: укладення шлюбу, розірвання шлюбу, зміна прізвища, усиновлення, позбавлення та поновлення батьківських прав. Крім того, є юридичні факти, які існують безвідносно до факту їх державної реєстрації, але також потребують її проведення (факт народження і факт смерті). Такі факти набули назву актів цивільного стану: за визначенням, наведеним у ст. 49 Цивільного кодексу України³, це події та дії, які нерозривно пов'язані з фізичною особою і започатковують, змінюють, доповнюють або припиняють її можливість бути суб'єктом цивільних прав та обов'язків. У

¹ Kurowski M. (w) Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom 1, red. nauk. D. Świecki, Warszawa 2015, s. 648.

² <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20do%20Ministra%20Sprawiedliwo%C5%9Bci%20w%20sprawie%20ustanowienia%20kuratora%20dla%20ma%C5%82oletniego%20pokrzywdzonego%20w%20post%C4%99powaniu%20karnym%2C%20w%20kt%C3%B3rym%20oskar%C5%BCony%20jest%20jeden%20z%20rodzic%C3%B3w%20ma%C5%82oletniego.pdf>

³ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.

зв'язку із цим актуальності набуває ціла низка питань, без розв'язання яких характеристика ролі юридичних фактів у сімейно-правовій сфері буде неповною. Це, зокрема, питання про значення такого суто публічно-правового інституту як державна реєстрація у сімейних відносинах, що є приватноправовими за своєю природою, а також про різний характер самих юридичних фактів з огляду на неоднаковий вплив державної реєстрації на ступінь їх юридичної значущості. Особливої уваги потребує питання про наслідки відсутності державної реєстрації тих юридичних фактів, для яких встановлено її обов'язковість. Як зазначав свого часу О. А. Пушкін, зроблені в актових книгах записи про реєстрацію актів цивільного стану є безпречним доказом засвідчених ними фактів, допоки їх не спростовано в судовому порядку¹.

Держава зацікавлена в закріпленні і стабільності шлюбно-сімейних відносин шляхом встановлення контролю за їх виникненням та припиненням. Це обумовлено великою мірою тим, що держава бере під свій захист відповідні відносини.

Так, наприклад, **реєстрація шлюбу** розв'язує низку важливих державних і в цілому суспільно-значущих завдань. За загальним правилом, встановленим ст. 32 СК України², шлюб реєструється після спливу одного місяця з дня подання заяви про державну реєстрацію шлюбу. Такий строк встановлений для того, щоб працівники державного органу реєстрації актів цивільного стану мали можливість перевірити дані, які заявили наречені у заяві про реєстрацію шлюбу, перевірити наявність встановлених законом умов для одруження (взаємна згода, досягнення шлюбного віку, відсутність заборон тощо), з'ясувати, чи відсутні обставини, що роблять реєстрацію шлюбу неможливою. Ця перевірка є певною гарантією, що шлюб укладається з додержанням встановлених умов, необхідних для створення нормальної сім'ї. Разом із тим реєстрація шлюбу є й однією з умов його дійсності, безспірності, тобто одна з вимог, дотримання якої є необхідним, щоб шлюб породжував права та обов'язки подружжя. Крім того, загальний строк – один місяць встановлюється, щоб перевірити серйозність намірів нареченого та нареченої зареєструвати шлюб. Саме з дня державної реєстрації шлюбу у них виникають шлюбні правовідносини.

Згідно із Законом України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану»³ за погодженням з нареченими державний орган реєстрації актів цивільного стану признає день і час державної реєстрації шлюбу. Протягом 1-місячного строку будь-яка особа має можливість повідомити державний

¹ Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины в 2-х частях. Часть I / А. А. Пушкін, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкіна, доц. В. М. Самойленко. Харків: Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. С. 112.

² Сімейний кодекс України Закон від 10.01.2002 № 2947-III. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/page>

³ Закон України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 1 липня 2010 року № 2398-VI // Відомості Верховної Ради України. 2010. № 38. С. 1381. Ст. 509.

орган реєстрації актів цивільного стану про обставини, що є перешкодою до реєстрації шлюбу. Якщо є відомості про наявність перешкод для державної реєстрації шлюбу, керівник органу державної реєстрації актів цивільного стану може відкласти таку реєстрацію, але не більш як на три місяці (ч. 3 ст. 32 СК України).

Сімейним законодавством також встановлені скорочені строки реєстрації шлюбу. Вперше сімейне законодавство дозволяє реєстрацію шлюбу саме в день подання заяви до органу реєстрації актів цивільного стану, або в будь-який інший день протягом одного місяця.

У разі вагітності нареченої, народження нею дитини, а також якщо є безпосередня загроза для життя нареченої або нареченого, шлюб реєструється у день подання відповідної заяви або у будь-який інший день за бажанням наречених протягом одного місяця (ч. 2 ст. 32 СК України).

Крім того, законодавство встановлює всього три підстави для скорочення строку – в день подання заяви, для реєстрації шлюбу: а) вагітність нареченої; б) народження нею дитини; в) якщо є безпосередня загроза для життя наречених.

З метою максимального та якісного задоволення потреб людини у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, створення ефективного механізму реалізації прав та інтересів громадян, впровадження у державі європейських стандартів, з метою апробації європейських стандартів у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, забезпечення реалізації гарантованого державою права на шлюб, зокрема для учасників антитерористичної операції та внутрішньо переміщених осіб Мін'юст України видав наказ «Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу» від 22.07.2016 № 2247/5¹, яким передбачено подання заяв про державну реєстрацію актів цивільного стану до органу державної реєстрації актів цивільного стану незалежно від місця проживання особи. При цьому нареченим надається можливість виключно за бажанням, без зазначення поважної причини, обирати дату державної реєстрації шлюбу, в будь-який день протягом одного місяця. Позбавлення керівника органу державної реєстрації актів цивільного стану права визначати поважність причин для державної реєстрації шлюбу до спливу 1-місячного строку сприяє усуненню корупційних чинників. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28.12.2016 № 1068-р «Про внесення змін до пункту 1 розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 липня 2016 р. № 502»² розширено перелік міст, де запроваджено пілотний проект щодо державної реєстра-

¹ Наказ Міністерства юстиції «Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу». – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/en/z1018-16>

² Розпорядженням КМ України від 28.12.2016 № 1068-р «Про внесення змін до пункту 1 розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 липня 2016 р. № 502». – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1068-2016-%D1%80>

ції шлюбу, міста Вінниця, Дніпро, Луцьк, Миколаїв, Кам'янець-Подільський, Рівне, Житомир та Харків включено до даного Переліку.

Завданням є підвищення ефективності надання адміністративних послуг шляхом **скорочення строків** розгляду заяв у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, а також їх подачі в **електронній формі**. Крім того, передбачається розгляд заяв у сфері державної реєстрації актів цивільного стану за документами, наявними у відділі державної реєстрації актів цивільного стану, та інформацією у Державному реєстрі актів цивільного стану громадян без пред'явлення суб'єктами звернення документів про державну реєстрацію актів цивільного стану. У зв'язку з проведенням державної реєстрації актів цивільного стану у будь-якому відділі державної реєстрації актів цивільного стану за вибором громадянина незалежно від місця його проживання, пропонується запровадити подання відомостей про померлих на центральному рівні: Міністерство юстиції України – Центральна виборча комісія, Міністерство юстиції України – Пенсійний фонд України. Результати проведення пілотного проекту довели його ефективність та зацікавленість громадян в одержанні цієї послуги та підтверджують доцільність внесення змін до Сімейного кодексу України щодо **лібералізації строків** державної реєстрації шлюбу.

Таким чином, державна реєстрація юридичних фактів у сімейному праві виконує декілька функцій: 1) надає відповідним відносинам дисциплінуючого значення; 2) виконує контролюючу функцію; 3) пов'язує правову охорону відносин (статусів), що виникають на підставі юридичних фактів, які підлягають державній реєстрації, з визнанням їх дійсності.

Ігор Яценко,

доктор філософії в галузі політології

*адвокат, старший партнер Міжнародного правового центру ЄУКОН
(Київ)*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ МЕТОДОЛОГІЇ ІСТОРИКО-ПРАВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ІДЕЙНО-ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ПОДІЛУ ВЛАДИ

Об'єктом історії вчень про державу і право є різноманітні форми їх осмислення. Предметом є систематизація теоретично-обґрунтованих і концептуально виражених знань людства про державу і право в їх історичному розвитку¹. Щодо поділу влади в загальному вигляді об'єктом виступають ідеї (доктрини, теорії) поділу влади в різноманітних формах її осмислення та вираження (імплементації, нормативного закріплення тощо). Предметом виступають теоретично виражені представниками політичної та правової думки засади поділу влади та їх реалізація на різних історичних етапах розвитку держави і

¹ Мироненко О. М., Горбатенко В. П. Історія вчень про державу і право : навчальний посібник / О. М. Мироненко, В. П. Горбатенко. – К. : ВЦ «Академія», 2010. – с. 8.

права, тобто предмет охоплює як історію розвитку ідеї (доктрини, теорії) поділу влади, так і її реалізацію в конкретних історичних умовах.

Предметом історико-правового дослідження ідейно-теоретичних засад реалізації поділу влади є опрацьовані представниками політичної та правової думки погляди на владу та її поділ, їх реалізація на різних історичних етапах розвитку державності, теоретичні та прикладні (конституційні) аспекти реалізації принципу поділу влади в контексті історичного розвитку, проблеми, що постають при реалізації принципу поділу влади, а також можливі шляхи їх вирішення в сучасних умовах. Під ідейно-теоретичними засадами в такому дослідженні розуміється сукупність поглядів на поділ влади, виражених у формі ідей, теорій, доктрин, їх критики тощо, які в узагальному вигляді становлять принцип поділу влади. Ці погляди, свого часу, стали засадами (основою, підвалинами) реалізації принципу поділу влади, на базі яких формувалося розуміння та втілення (реалізація) цього принципу у правових актах – конституціях. В свою чергу, застосування конституційно закріпленого принципу поділу влади створювало досвід його реалізації, що відповідно впливало на зміну, модернізацію поглядів на поділ влади, що ставали ідейно-теоретичними засадами впровадження змін, модернізації засад поділу влади та реалізації їх як принципу на конституційному рівні. Саме такий взаємозв'язок та взаємний вплив, в якому теоретичний аспект (ідейно-теоретичні засади) відіграє основне значення, є одним з головних елементів, який повинен бути закладений в логіку такого дослідження, що, в свою чергу, зумовлює застосування відповідних методологічних підходів до його дослідження.

Оскільки дослідження ідейно-теоретичних засад реалізації принципу поділу влади побудоване, головним чином, як дослідження в галузі історії вчень про державу і право, необхідно застосовувати методологію історії вчень про державу і право як системи принципів і методів, за допомогою яких досліджуються персоніфіковані державно-правові ідеї та цілісні вчення (доктрини, теорії), їх виникнення, історичний розвиток, зв'язки із сучасністю та суспільною практикою. Застосування такої методології вимагає дотримання принципу історизму, який передбачає, зокрема, дослідження та інтерпретацію того чи іншого вчення про право та державу в контексті та з урахуванням історичних особливостей часу його походження й розвитку, та принципу об'єктивності, або ідеологічної неупередженості, реалізація якого передбачає дослідження та інтерпретацію вчення таким, яким воно було задумане й опрацьоване його авторами¹. Визначення характерних особливостей державно-правових вчень неможливе без застосування порівняльно-історичного методу, який дозволяє зіставити як погляди мислителів різних епох і народів на розвиток певних

¹ Історія вчень про державу і право: Підручник / За ред. проф. Г. Г. Демиденка, проф. О.В. Петришина. – Х. : Право, 2007. – с. 13.

державно-правових явищ та інститутів¹. Порівняльно-історичний метод дозволяє також розкрити сутність досліджуваних явищ на підставі вже наявних фактів, надає можливість виходити за межі явищ, на основі аналогій робити широкі історичні узагальнення та проводити паралелі, допускає застосування всіх інших наукових методів. Порівняльно-історичний метод використовується як один із базових методів виконання такого дослідження. Його застосування дає змогу дослідити і зіставити погляди представників світової та національної політико-правової думки на владу та її поділ, узагальнити минулий досвід реалізації поділу влади в державі за різних історичних умов її суспільного розвитку, виявити особливості етапів і періодів в яких реалізовувався поділ влади. Дослідження поглядів та опрацювань представників національної правової думки повинно здійснюватися в історично-хронологічній послідовності в межах визначених періодів їх зародження і розвитку, з врахуванням суспільно-політичної ситуації, в якій ці погляди та опрацювання формувалися та висловлювалися. Такий підхід дає можливість не тільки показати історично-хронологічну послідовність видозмінення цих поглядів, але й дослідити і представити сутність та характерні особливості цих видозмін, подальшого їх розвитку в інших історичних суспільно-політичних умовах.

Застосування соціологічного методу дає можливість виявити соціальну зумовленість теоретичних підходів до поділу влади у представників світової та національної політико-правової думки різних періодів їх розвитку, з метою виявлення постійних зв'язків між фактами суспільного життя і специфікою їхнього осмислення.

Методологічну основу дослідження повинен складати комплексний підхід до аналізу ідейно-теоретичних засад поділу влади, їх зародження і розвитку, практики реалізації та способів їх конституційно-правового забезпечення на різних історичних етапах, включаючи сучасні умови політико-правових трансформацій.

Важливе значення для дослідження державно-правових ідей є періодизація історії вчень про державу і право². Періодизація виникнення та розвитку ідей поділу влади у світовій політико-правовій думці дозволяє систематизувати вивчення поглядів представників національної політико-правової думки у контексті загальносвітового розвитку поглядів на поділ влади.

Предметом дослідження повинні бути також теоретичні та прикладні (конституційні) аспекти реалізації принципу поділу влади в контексті історичного розвитку держави. В зв'язку з цим при вивченні предмета необхідно засто-

¹ Мироненко О. М., Горбатенко В. П. Історія вчень про державу і право : навчальний посібник / О. М. Мироненко, В. П. Горбатенко. – К. : ВЦ «Академія», 2010. – с. 12.

² Історія вчень про державу і право: Підручник / За ред. проф. Г. Г. Демиденка, проф. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2007. – с. 14.

совувати історико-хронологічний метод, який дає можливість досліджувати державу і право, правові інститути і процеси в тій послідовності, в якій вони виникали, розвивалися та змінювалися. Історичний розвиток, який становить контекст, в якому здійснюється дослідження його предмета, повинен бути представлений у хронологічному порядку історичного розвитку держави, базуватися на прийнятій для цілей дослідження періодизації виникнення та розвитку держави і права.

Зважаючи на складність досліджуваної теми, необхідно додатково використовувати також загальнонауковий діалектичний метод дослідження, який ґрунтується на виявленні внутрішньої сутності таких явищ, як влада, поділ влади, єдність влади, рівновага влади та механізми стримування і протидія в поділі влади через характеристику динаміки їх розвитку та зовнішніх проявів. При цьому, особливий наголос необхідно зробити на висвітленні зв'язку між теоретичною основою феномену поділу влади та практикою його безпосередньої реалізації на різних етапах історичного розвитку держави, що обґрунтовує застосування історичного методу для з'ясування історичного контексту, в якому зароджувалися та розвивалися ідейно-теоретичні засади реалізації принципу поділу влади.

Історичний підхід в правознавстві, завдяки динамічному способу відображення правових явищ, дає можливість певною мірою передбачувати їх еволюцію. Це стає можливим, зокрема, завдяки тому, що, як показує історія вчень про державу і право та історія держави і права, кількість типів суспільно-державних устроїв та відповідних до них правових інституцій є досить обмеженою, а тому можливі рішення, що відповідають умовам даного етапу суспільного розвитку, також є обмеженими¹. Розглядаючи питання реалізації принципу поділу влади слід враховувати обмеженість моделей державного правління, в яких цей принцип реалізовується. Обмеженість інституціональних форм реалізації принципу поділу влади в демократичній формі правління дає можливість прогнозування певних напрямків реалізації принципу поділу влади та їх наслідків, що відповідно, створює емпіричний матеріал для опрацювання певних рішень в цьому питанні. Базою для опрацювання таких рішень є історичний досвід реалізації принципу поділу влади, включаючи, насамперед, сучасний період, та порівняння умов і наслідків реалізації принципу поділу влади в подібних умовах в інших країнах.

¹ Bryl A. Między historią a teorią – kilka uwag na temat statusu doktryn politycznych i prawnych jako specjalizacji naukowej / A. Bryl // Myślenie o polityce i prawie. – Warszawa : Wolters Kluwers SA, 2015. – 572 с. – С. 33–51. – с. 46-47.

САМОЗАНЯТОСТЬ И ПЕНСИОННОЕ ПЛАНИРОВАНИЕ

Правительства во всем мире находятся в процессе реформирования своих пенсионных систем для адаптации к повсеместному старению населения и усилению гибкости рынков труда. В течение последних двух десятилетий занятость в течение всей жизни стала все более экстраординарной, и краткосрочные контракты становятся доминирующей формой занятости для более молодых поколений сотрудников. Неформальная занятость предоставляет человеку XXI века невиданную мобильность и финансовую независимость, позволяя ему выбирать когда и где осуществлять трудовую деятельность, без привязки к правилам трудового распорядка, учету рабочего времени и иных атрибутов, сопутствующих традиционной занятости. Глобализационные и миграционные процессы, охватившие и российскую действительность в последнее время, также обуславливают появление нестандартных форм занятости, поступательное увеличение количества граждан, особенно среди молодого поколения, сознательно выбирающих путь самостоятельного определения горизонта трудовых перспектив. Постараемся разобраться в том, как статус самостоятельной занятости и социально-демографические аспекты влияют на планирование и на финансовую подготовленность к выходу на пенсию.

Говоря о статусе самостоятельной занятости, мы подразумеваем два типа работников, те, кто вынужден прибегнуть к samozанятости, и те, кто осуществляет самостоятельную работу на добровольной основе. Большинство, кто входит на рынок труда как samozанятые, делают это на добровольной основе (далее «добровольный samozанятый»). Однако вступление других в ряды samozанятых не всегда обусловлено лишь их волей (далее «вынужденные samozанятые лица»). Эта последняя группа фигурально принуждается к самостоятельной занятости в ответ на ограничительную политику занятости и экономические условия, которые заставляют их работать вне сферы традиционной занятости. Решение о вступлении в ряды samozанятости не является опрометчивым поступком, особенно в свете больших затрат времени, энергии и других ресурсов, необходимых для создания своего дела. Отдельные детерминанты добровольного вступления в самостоятельную занятость широко изучались D.G. Blanchflower и N. Simoes¹. Можно выделить ряд различных мотивов для

¹ Blanchflower, D. G. (2000). Self-employment in OECD countries. *Labour Economics*, 7, 471–505.

становлення самозанятым¹: принятие на себя нового «вызова»; апробация автономности работы; работа на себя, а не на начальника; использование возможности для развития собственного бизнеса; получение более высокого дохода, чем можно было бы заработать в качестве наемного работника; дополнение своего дохода от обычной занятости и наличие гибкости, которая позволила бы лучше сбалансировать работу и семейные обязательства. В совокупности эти факторы, основанные на возможностях, называются факторами тяги «pull factors»², поскольку они помогают вовлечь человека в самостоятельную занятость. Как правило, те, кто подвергается влиянию факторов тяготения, считают свое решение вести самостоятельную занятость добровольным, и это, безусловно, положительно влияет на финансовую подготовку к выходу на пенсию. Действительно, работа Heraty и McCarthy³ показывает, что у этих работников есть уверенность в отношении своей способности контролировать аспекты старения, также с большей вероятностью они будут финансово планировать выход на пенсию.

Другие люди, напротив, принимают решение стать самозанятыми по необходимости⁴. Одним трудно найти подходящую работу в качестве наемного работника, вторые считают самостоятельную занятость последним способом для получения достойного дохода. Третьи делают переход в самозанятость, потому что они работают в организации, которая поддерживает их в предоставлении услуг в качестве самостоятельного подрядчика. Эти три фактора, основанные на необходимости, были описаны как факторы толчка «push factors», поскольку они вытесняют человека из традиционного рынка труда в самозанятый рынок. В свете экономического и психологического давления, вызванного факторами толчка, те, кто предпочел работать автономно, зачастую ощущают себя принужденными к этому конкретному статусу занятости. Мы проводим различие между теми, кто добровольно выбирает самостоятельную занятость на основе факторов тяготения, и теми, кто фигурально принужден к тому, чтобы стать самозанятым из-за одного или нескольких факторов толчка. Кроме того, мы предполагаем, что описанные выше факторы толчка и тяги являются избирательными в отношении навыков и ресурсов, которыми

¹ Simoes, N., Crespo, N., & Moreira, S. B. (2015). Individual determinants of self-employment entry: What do we really know? *Journal of Economic Surveys*, 4, 783–806.

² Falco, P., & Haywood, L. (2016). Entrepreneurship versus joblessness: Explaining the rise in self-employment. *Journal of Development Economics*, 118, 245–265.

³ Heraty, N., & McCarthy, J. (2015). Unearthing psychological predictors of nancial planning for retirement among late career older workers: Do self-perceptions of aging matter? *Work, Aging and Retirement*, 1, 274–283.

⁴ Kautonen, T., Down, S., Welter, F., Vainio, P., Palmroos, J., Altho, K., & Kolb, S. (2010). Involuntary self-employment” as a public policy issue: A cross-country European review. *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research*, 16, 112–129.

обладают самозанятые граждане. Те, кто подвергся факторам тяги, более предрасположены к принятию на себя ответственности за риски, связанные с запуском собственного бизнеса. Исходя из этого, они лучше подготовлены к выполнению всех требований, связанных с планированием выхода на пенсию. Среди тех, кто выбирает самостоятельную занятость под давлением факторов толчка, многие были наемными рабочими и подверглись увольнению, поэтому они не предрасположены к самостоятельному планированию пенсионного будущего и возложению на себя груза ответственности, так как присутствует ожидание возвращения статуса наемного работника с правами на пенсионное обеспечение.

Разумеется, степень финансовой подготовки к выходу на пенсию зависит не только от статуса самостоятельной занятости (добровольного / принудительного), но и от социально-демографического состава. В экономической литературе хорошо известно, что возраст, пол, доход, образование и состав домашних хозяйств являются факторами, способствующими осознанному накоплению пенсионного капитала и пониманию необходимости получения пенсионных выплат в будущем.

Во-первых, люди среднего и пожилого возраста, чаще чем молодые, осознают важность сбережения средств, так как они понимают и признают, что переход от получения постоянного дохода на пенсионную выплату становится все более близким. Действительно, возраст представляет собой определяющий фактор, при соотнесении самозанятым гражданином скорого перехода от регулярной работы к нормативно-ожидаемому периоду пребывания на пенсии.

Во-вторых, это гендерный фактор. Эмпирические исследования показали, как фактор половой принадлежности влияет на финансовую подготовленность. Например, Noone, Alpass and Stephens¹ демонстрируют, что в Новой Зеландии женщины по-прежнему экономически подготовлены намного хуже по сравнению с мужчинами, и это негативно сказывается на их финансовой практичности. И этот вывод распространяется относительно других западных стран².

В-третьих, экономические факторы, связанные с местом работы (уровень дохода, режим работы, должность), чаще всего используются для объяснения гендерного разрыва в плане экономии средств и пенсионной соразмерности, то есть женщины в среднем стремятся получать более низкую заработную плату, чем мужчины, и они с большей вероятностью имеют прерывистую трудовую

¹ Noone, J., Alpass, F., & Stephens, C. (2010). Do men and women differ in their retirement planning? Testing a theoretical model of gendered pathways to retirement preparation. *Research on Aging*, 32, 715–738.

² Lusardi, A., & Mitchell, O. S. (2007). Baby boomer retirement security: the roles of planning, financial literacy, and housing wealth. *Journal of Monetary Economics*, 54, 205–224.

історію, пов'язану з народженням дітей і створенням сім'ї¹. Таке поєднання факторів впливає на накоплення пенсійних заощаджень і як наслідок на розмір майбутньої пенсійної виплати, на яку жінки можуть розраховувати порівняно з чоловіками.

В-четвертих, рівень освіти також пов'язаний з правом і розміром майбутньої пенсії, не тільки тому, що більш освічені люди, отримують більш високі зарплати, і, відповідно, схильні мати дискреційні ресурси для заощадження і інвестування, а також вони мають більш високий рівень фінансової грамотності. Нарешті, склад сім'ї має значення для формування пенсійних накопленнях. Наприклад, самотні жінки часто є вразливою групою з точки зору накоплення пенсійного капіталу, що пов'язано з історією розвитку ринку праці жінок².

З вищесказанного випливає, що вступаючи в ряди самозайнятих під впливом факторів тяги, а також особи, які мають одну з ряду соціально-демографічних характеристик, таких як: середній вік і старші, наявність вищої освіти, належність до чоловічої статі, перебування в шлюбі, з більшою частотою ймовірно економічно підготовлені до виходу на пенсію і майбутньому отриманню підвищеної пенсійної виплати.

Світлана Синчук,

*д.ю.н., доцент, професор кафедри соціального права
Львівського національного авіаційного університету
імені Івана Франка (Львів)*

ЩОДО ПРОБЛЕМИ ПЕРЕРАХУНКУ ПЕНСІЙ ЗА ВІКОМ ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ ПЕНСІЙНЕ СТРАХУВАННЯ»³

Питання перерахунку пенсій, що виплачуються в межах солідарної пенсійної системи, регулює ст. 42 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Про неоднаковість законодавчого підходу щодо

¹ Speelman, C. P., Clark-Murphy, M., & Gerrans, P. (2013). Decision making clusters in retirement savings: Gender differences dominate. *Journal of Family and Economic Issues*, 34, 329–339.

² Knoef, M., Been, J., Alessie, R., Caminada, K., Goudswaard, K., & Kalwij, A. (2016). Measuring retirement savings adequacy: Developing a multi-pillar approach in the Netherlands. *Journal of Pension Economics and Finance*, 15, 55–89.

³ Публікація містить результати досліджень, проведених при грантовій підтримці Державного фонду фундаментальних досліджень за конкурсним проектом «Правове регулювання пенсійного забезпечення в Україні та Республіці Білорусь: становлення, сучасний стан, перспективи розвитку і взаємодії» №22742.

питання перерахунку пенсій та гостроту питання свідчать зміст названої статті та відповідне Рішення Конституційного Суду № 10-рп/2008 від 22.05.2008.

Перерахунок розміру пенсії здійснюється винятково у випадках вичерпне визначених у Законі України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування”.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 42 Закону України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування» встановлення нового розміру прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, визначеного законом, зумовлює автоматичний перерахунок пенсії. Перерахунок пенсії проводиться з дня встановлення нового розміру прожиткового мінімуму. У період з 01.04.2015 по 31.12.2015 такий перерахунок був передбачений лише для розміру пенсії, обчисленого відповідно до ст. 28 Закону України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування» (автоматичний перерахунок із зазначеної підстави здійснювався лише стосовно тих пенсій за віком, які надавалися особі у мінімальному розмірі пенсії за віком, тобто в розмірі прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність). Зазначена гарантія перерахунку продовжує діяти і по даний час.

Додаткова підстава для проведення перерахунку розміру пенсії за віком передбачена частиною другою ст. 42 Закону України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування» в редакції Закону України № 2148-VIII від 03.10.2017. Відповідно до неї з 1 січня 2016 року автоматичний перерахунок мінімального розміру пенсії за віком повинен здійснюватися у разі збільшення розміру прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, визначеного законом, а також у разі збільшення розміру мінімальної заробітної плати, визначеної законом про Державний бюджет України на відповідний рік. Перерахунок пенсії проводиться з дня встановлення нового розміру прожиткового мінімуму/мінімальної заробітної плати. Наведена законодавча гарантія не поширюється на пенсіонерів, які працюють (провадять діяльність, пов’язану з отриманням доходу, що є базою нарахування єдиного внеску на загальнообов’язкове державне соціальне страхування). Це, на нашу думку, є прямим порушенням принципів рівності прав всіх громадян та соціальної справедливості.

Таким пенсіонерам, які працюють (провадять діяльність, пов’язану з отриманням доходу, що є базою нарахування єдиного внеску на загальнообов’язкове державне соціальне страхування), пенсія перераховується після звільнення з роботи або припинення такої діяльності з урахуванням прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність/мінімальної заробітної плати, визначених законом на дату звільнення з роботи або припинення такої діяльності.

Перерахунок пенсії також може бути проведений у випадку збільшення персонального страхового стажу особи (ч. 4 ст. 42 Закону України № 1058-IV). Варто наголосити, що перерахунок пенсії, пов’язаний із збільшенням страхового стажу не поширюється на пенсіонерів, яким призначено пенсію за вислугу

років на умовах, передбачених Законом України “Про пенсійне забезпечення”, та які не досягли пенсійного віку, встановленого ст. 26 Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” (абз. 7 ч. 4 ст. 42 Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування”).

Абзацом 5 ч. 4 ст. 42 Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” передбачено зобов’язання органів Пенсійного фонду щороку з 1 квітня без додаткового звернення особи проводити перерахунок пенсії тим особам, які на 1 березня року, в якому здійснюється перерахунок, набули право на проведення перерахунку, пов’язаного із збільшенням кількісного критерію страхового стажу особи на найбільш вигідних умовах (презюмуємо для особи, а не для Пенсійного фонду України). Порядок такого перерахунку пенсії встановлюється правлінням Пенсійного фонду за погодженням з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері соціального захисту населення. Обчислення страхового стажу, який дає право на перерахунок пенсії відповідно до цієї статті, здійснюється не раніше дня, що настає за днем, по який обчислено страховий стаж під час призначення (попереднього перерахунку) пенсії.

Перерахунок розміру пенсії за зазначеною вище процедурою відбувається у випадках:

1) У разі якщо застрахована особа після призначення пенсії продовжувала працювати, перерахунок пенсії проводиться з урахуванням не менш як 24 місяців страхового стажу після призначення (попереднього перерахунку) пенсії незалежно від перерв у роботі. Перерахунок пенсії проводиться із заробітної плати (доходу), з якої обчислена пенсія.

За бажанням пенсіонера перерахунок пенсії проводиться із заробітної плати за періоди страхового стажу, зазначені в частині першій статті 40 цього Закону, із застосуванням показника середньої заробітної плати (доходу), який враховувався під час призначення (попереднього перерахунку) пенсії.

2) У разі якщо застрахована особа після призначення (перерахунку) пенсії має менш як 24 місяці страхового стажу, перерахунок пенсії проводиться не раніше ніж через два роки після призначення (попереднього перерахунку) з урахуванням страхового стажу після її призначення (попереднього перерахунку) та заробітної плати, з якої призначено (попередньо перераховано) пенсію.

3) Якщо пенсіонер, який продовжував працювати, набув стажу, достатнього для обчислення пенсії відповідно до ч. 1 ст. 28 цього Закону, за його заявою проводиться відповідний перерахунок пенсії незалежно від того, скільки часу минуло після призначення (попереднього перерахунку) пенсії, з урахуванням заробітної плати, з якої призначено (попередньо перераховано) пенсію.

Частиною 2 “Прикінцевих та перехідних положень” Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення пенсій” передбачено що з 1 жовтня 2017 року до встановлення розміру прожиткового

мінімуму, який буде більшим за розмір, встановлений на 1 грудня 2017 року та збільшений на 79 гривень, при призначенні та перерахунку пенсій, надбавок, підвищень, інших пенсійних виплат, встановлених законодавством, використовується розмір прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, встановлений на 1 грудня 2017 року Законом України “Про Державний бюджет України на 2017 рік”, збільшений на 79 гривень. (1452 грн).

НАУКОВЕ ВИДАННЯ

**ПРАВОВА РЕФОРМА:
концепція, мета, впровадження**

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

**Матеріали VIII Міжнародної науково-практичної конференції
(Київ, 23 листопада 2017 року)**

За загальною редакцією
Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила

Матеріали друкуються в авторській редакції.

Дизайн обкладинки: *О. Разухін*
Оригінал-макет *О.В. Гашенко*

Підписано до друку 6.11.2017. Формат 60х84/16. Папір офсетний.
Обл.-вид. арк. 41,64. Умовн. друк. арк. 27,9.
Тираж 150 пр. Зам. № 76.

Видавництво «Ніка-Центр». 03142, Київ, вул. Кржижановського, 4.
т./ф. (044) 39-011-39; e-mail: psyhea9@gmail.com
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів
видавничої справи ДК №1399 від 18.06.2003

Видано за участі ТОВ «Консент»

Віддруковано у ТОВ Видавництво «Ніка-Центр».