

власності є непорушним; ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні) та ч. 3 ст. 324 ЦК (кожен громадянин має право користуватися об'єктами права власності Українського народу), а також потребують свого закріплення на найвищому конституційному рівні в Основному законі нашої держави.

Список бібліографічних посилань:

1. Конституція (Основний закон) Української РСР: закон УРСР від 30.01.1937 // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1937.html> (дата звернення: 16.03.2017).
2. Конституція України: закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/254k/96-вр> (дата звернення: 16.03.2017).
3. Кримінальне право (Особлива частина): підручник/за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Луганськ: Елтон-2, 2012. Т. 1. 780 с.
4. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник/Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2015. 680 с.
5. Кримінальний кодекс України: закон України від 05.04.2001 № 2341-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 10.02.2017).
6. Кримінальний кодекс Української РСР: закон УРСР від 28.12.1960 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05/2002-05> (дата звернення: 15.03.2017).
7. Про власність: закон України від 07.02.1991 № 697-XII // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12> (дата звернення: 14.03.2017).
8. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві: монографія. Харків: Право, 2016. 256 с.
9. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 435-IV // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 14.03.2017).
10. Цивільний кодекс Української РСР: Закон УРСР від 18.07.1963 № 1540-06 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/ed19630718> (дата звернення: 12.03.2017).

Одержано 14.04.2017

УДК 340.1:347.44

Жанна Вікторівна Завальна,

*професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,
доктор юридичних наук, професор*

**ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:
ЩЕ РАЗ ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІН ПРИ ДОСЛІДЖЕННІ
ПРИВАТНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН**

Актуалізація

Адекватне правове регулювання суспільних відносин, яке б відповідало умовам, часу, особливостям сфери, в якій виникають та існують відносини залежить від багатьох факторів, головними з яких, на нашу думку є проведення об'єктивних, міждисциплінарних досліджень, що мають прогностичний характер. Адже лише з'ясувавши сутність наявної

проблеми в правовому регулюванні суспільних відносин та усвідомивши механізми її виникнення можна запропонувати дієвий механізм її подолання.

Нажаль, як показує аналіз дисертаційних досліджень останніх п'яти років досить невелика кількість молодих вчених звертають увагу на об'єктивність та міждисциплінарність свого дослідження. В переважній більшості досліджень правової тематики превалює дві основні тенденції, а саме: тлумачення існуючого законодавства із можливістю побудови напів-легальних схем виходу із тих чи інших проблемних ситуацій; констатується неспроможність існуючого чинного законодавства та пропонується авторський проект нормативного акту чи його зміни. При цьому зазначений «науковий доробок» об'єктивується в таких словесних формулах як: «ще не було розглянуто у вітчизняній літературі», «дана проблема може бути розглянута нами», «зміна законодавства вимагає розгляду даної проблеми» тощо.

Як свідчить критичний аналіз таких «наукових робіт» за такою актуалізацією криється алогічність сучасного наукового знання, де наслідки міняються місцем із причиною. І як правило, досліджуючи наявні проблеми в правовому регулюванні суспільних явищ, дослідники констатують наявність тих чи інших проблем, але не дають варіантів їх вирішення, а при спробі надати такі варіанти, зазвичай, не враховують зовнішні умови, характеристики сфери виникнення відносин, оскільки це вже вважається «соціологією, політологією, економікою» тощо.

На наш погляд для фундаментальних, практично значимих наукових розробок необхідна наукова сміливість, обізнаність в суміжних галузях знань, врахування впливів суспільних, економічних, політичних факторів. Цього від нас як науковців чекає практика правозастосування, уповноважені органи, юридичні особи та фізичні особи. І саме цього, на наш погляд, не вистачає нашим науковим юридичним дослідженням для того щоб дійсно зацікавити іноземні наукові видання.

В рамках даної публікації хотілося б торкнутись лише двох (безумовно не єдиних, проте на нашу думку надзвичайно важливих для підвищення якості наукових досліджень) методологічних аспектів, врахування яких з нашої точки зору, є важливим для осучаснення юридичних досліджень та підвищення їх міждисциплінарності та практичної цінності.

Конвергенція приватного та публічного права

Посилення інтеграційних процесів у праві спостерігається на всіх рівнях і щодо всіх інститутів та явищ, від взаємопроникнення та взаємовпливу правових систем держав до категорій та понять, які були притаманні тільки приватній чи публічній сфері правового регулювання. Правова конвергенція в правовому дискурсі є комплексним родовим поняттям, яке в авторських інтерпретаціях може конструюватись за допомогою таких понять як взаємопроникнення, взаємопов'язаність, уподібнення, інтеграція, узгодження, взаємодія тощо[4]. Конвергенція також розуміється і як процес взаємодії національних правових систем або їх окремих елементів, що супроводжується підвищенням ступеня зв'язаності й узгодженості правового регулювання суспільних відносин [3]; і як процес виникнення схожих і тотожних явищ у правових системах різних держав [2]; і як взаємне уподібнення окремих елементів правових систем, що передбачає підвищення ступеня узгодженості правового регулювання суспільних відносин; а також як зближення правових систем світу; і як взаємне проникнення їх окремих регулятивних механізмів та інститутів [1]. Останнє розуміння правової конвергенції як взаємне проникнення окремих регулятивних механізмів та інститутів, найбільш точно характеризує процеси, що відбуваються на сьогодні в правовому регулюванні відносин в Україні.

Найяскравіша ілюстрація взаємопроникнення приватного та публічного проявляється на прикладі таких понять та категорій договір та послуга. Так, договір є способом

побудови та існування відносин, що застосовується не залежно від галузевої належності правовідносин. Послуга дія вартість, якої споживається підчас її надання. Такі дії можуть надаватись будь-якими суб'єктами та в будь-яких відносинах. Послуга може надаватись як на основі договору, так і недогівірних засобів регулювання вказаних в імперативних нормах та бути предметом відносин як приватної, так і публічної сфери.

Необхідність зміни наукових підходів при дослідженнях правового регулювання суспільних відносин

Вбачається, що розгляд проблем того чи іншого правового явища чи інституту на нинішньому етапі має відбуватись за принципом від загального до спеціального і назад до загального. Тобто вивченню має підлягати сфера виникнення та існування об'єкта, що досліджується, його ознаки, що виділяють на фоні інших явищ чи інститутів такого ж характеру, встановлення наявності чи відсутності системи чи системності у виникненні, конкретизація та розмежування тотожних в середині системи чи сфери, і третій етап знаходження схожих явищ в інших сферах, вивчення «поведінки» даного явища чи «мутація» в конкретній сфері, можливість чи доцільність використання в даній сфері, ефективність використання його в даній сфері.

Комплексний підхід до вивчення явища чи інституту в цілому надає можливість відійти від необхідності підганяти виявлені особливості досліджуваних об'єктів під загальноприйняті ортодоксальні параметри предмета і метода правового регулювання. Така «підгонка» до галузевих рамок на сьогодиншньому етапі розвитку правової науки стала «прокрустовим ложем» для дослідження всіх механізмів та засобів правового регулювання суспільних відносин. І як результат, при невідповідності параметрам галузі права, галузева правова наука опиняється у своєрідному ступорі. При цьому, наукові дослідження мають форму коментарів діючого законодавства із пропозиціями внести зміни у підзаконні акти; в кращому випадку – експертних висновків із вкрапленням теоретичного аналізу.

Відхід від зазначеного підходу при дослідженні правових явищ та інститутів дає можливість пізнавати і сприймати правові явища та інститути в суспільстві в цілому та розуміти їх місце і роль для суспільства, держави, колективів, окремих осіб.

На нашу думку використання зазначених методологічних підходів дасть можливість значно підвищити якість юридичних досліджень, їх міждисциплінарність та практичну цінність.

Про неможливість використання існуючих підходів при дослідженні договору

На сьогоднішній день існує декілька усталених концепцій виходячи з яких розглядається поняття договір. Найпоширенішими за повторенням та цитуваннями, послідовниками є критичні зауважень приватно-правовий договір розуміють як: домовленість (узгоджене волевиявлення), угоду (юридичний факт), правовідношення (зобов'язання), засіб індивідуального регулювання. В публічно-правовій сфері договір досліджують виходячи з одного із таких аспектів: форма управління; адміністративний акт; джерело права. Більшість перерахованих аспектів розгляду договору сформувались виходячи з нормативіського праворозуміння, яке вимагалось від науковців-правознавців в політично-заїдеологізованій радянській системі існування права та держави. Нинішня ситуація в державі і в суспільстві вимагає переглянути, здійснити інвентаризацію підходів в наукових дослідженнях, зокрема це стосується і договорів. Усвідомлюючи необхідність пропонування нових підходів, спробуємо обґрунтувати неможливість використання існуючих підходів при дослідженні договору.

Кожна із наведених концепцій аналізуватиметься на предмет можливості надання цілісного уявлення про договір як про явище соціального характеру, і недоліки кожної із концепцій показати ту чи іншу сторону досліджуваного об'єкта. Договір розглядається як:

1) домовленість (узгоджене волевиявлення). Дана концепція є класичною і відображеною в цивільному законодавстві, що правда, законодавець є непослідовним у її застосуванні. В багатьох випадках, час від часу прослідковується елементи інших концепцій, що нами розглядаються нижче. Дана концепція зосереджує увагу на узгодженні волі і характеристиці волевиявлення осіб, в тому числі і способах такого узгодження, легітимність та нелегітимність результатів такого узгодження, виникнення прав та обов'язків на початковому етапі, при виникненні відносин. Але таке бачення не висвітлює подальший розвиток досягнутої домовленості, як то питання щодо виконання, припинення договору, а також відповідальність, питання правової сили умов, питання предмету та об'єкту відносин;

2) угода (юридичний факт) – позиція відображає наявність життєвої обставини, із якою пов'язується виникнення, зміна чи припинення прав та обов'язків, але відсутнє основне змістовне навантаження, та відповіді на такі нагальні питання, щодо свободи волевиявлення, наявності взаємних зобов'язань та їх правової сили;

3) правовідношення (зобов'язання). В даному розумінні науковці говорять про права та обов'язки як умови договору, сторони та предмет договору, але нажалі, з іншого боку, дана концепція не відображає свободу волевиявлення при встановленні відносин за допомогою цього правового засобу, так само як і наявність та походження юридичної сили такого договору;

4) форма управління. В недалекому минулому, найпоширеніше для публічно-правової науки розуміння договору, оскільки дану форму діяльності можна було охарактеризувати загальними положеннями про здійснення впливу на об'єкт управління, але проявлялась нелогічність даного підходу як тільки нагадувалось, що поняття «управління» є здійсненням владного впливу. В такому випадку, про виявлення свободної волі йти не могло, а тому встановлення відносин на договірній основі також не може бути й мови;

5) концепція адміністративного акту, цивільно-правовій науці концепція документу, тобто певна форма об'єктивації прав, обов'язків, фіксація юридичних фактів. В недоліках даного бачення, можна використати аргументи, які стосуються розгляду договору як угоди та як правовідносин;

6) нормативний/ індивідуальний засіб регулювання. В публічному праві засіб нормативного регулювання. В приватному праві договір вважається засобом індивідуального регулювання. В наявності боротьба нормативіського та природного праворозуміння через намагання впливати самостійно на власні відносини єдиним доступним правовим способом укладенням договору. В заслугах такого підходу можна відмітити конкретизацію законодавства та врахування інтересів учасників відносин.

Наявність та поширеність в двох різних, можна говорити антагоністичних іпостасях, такого засобу регулювання говорить про те, що його не можна сприймати однозначно як індивідуальний чи як нормативний. Це означає, що перед нами регулюючий засіб більш вищого, загального порядку. І в даному випадку, протиставлення та його розгляд як двох протиборчих видів є як мінімум неефективним, оскільки не розкриває глибинної сутності цього не тільки і не стільки засобу правового, але скоріше засобу суспільного регулювання.

Все вище наведене дало поштовх до пошуку нових підходу, яким і стала концепція договірного регулювання суспільних відносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Волошенюк О. В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах. *Форум права*. 2009. № 3. С. 123–128. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2009_3_20.

2. Маркова-Мурашова С. А. Существование и взаимодействие правовых систем современности в условиях правовой конвергенции. *Юристы-Правоведы*. 2005. № 1. С. 16–22.

3. Скурко Е. В. Некоторые аспекты проблемы взаимодействия правовых систем в условиях глобализации. *Государство и право*. 2008. № 8. С. 69.

4. Третьякова О. Д. Конвергенция российского права в механизме обеспечения единства образования в Европе: болонская парадигма. *«Черные дыры» в Российском Законодательстве*. 2008. № 6. С. 32.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.66

Юрий Александрович Заика,

профессор кафедры гражданского права и процесса

Национальной академии внутренних дел,

доктор юридических наук, профессор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1946-3171>

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОХРАНЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ ЗАВЕЩАТЕЛЯ

Объективная заинтересованность лица в самостоятельном осуществлении принадлежащих ему гражданских прав законодательно закреплена в ст. 12 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК).

Завещатель – это лицо, которое в соответствии с действующим наследственным законодательством составило распоряжение относительно судьбы своего имущества на случай смерти. Принцип свободы завещания позволяет любому дееспособному гражданину, отдающему отчет в своих действиях и понимающему их значение в любое время реализовать такой элемент своей гражданской правоспособности – как право составления завещания и назначить своим правопреемником любое физическое или юридическое лицо, независимо от наличия или отсутствия родственных или семейных связей. Свобода завещания имеет и определенные негативные черты. У наследодателя могут быть близкие родственники, члены семьи, для которых он был единственным кормильцем и которые при его жизни имели право на алиментирование. Такие лица, при лишении их наследства, остаются без средств к существованию.

Еще в римском праве завещания, где ближайшие родственники устранились от наследования, признавались такими, что нарушают естественные родственные обязанности, составлены не совсем в здравом уме, и, следовательно, не имеющие силы. Так в Дигестах Юстиниана (Титул II «О назначении наследниками и лишении наследства детей и постумов») Гай отмечал, что главное правило, которое необходимо учитывать при составлении завещания, что бы не были лишены наследства дети, поскольку если находящийся под властью отца сын *обойден*, завещание считается недействительным [1, с.54]. Аналогичное суждение принадлежит и Папиниану (Титул III «О противоправном, отмененном и недействительном завещании»), отмечавшему, что про завещание говорят, что оно сделано не по праву либо оно ничтожно, если будет обойден сын, находящийся под властью отца [1, с.56]. Для того, чтобы завещание не могло быть опорожено, каждому из ближайших родственников должно быть оставлено *porto debita* – доля, которая составляла не менее $\frac{1}{4}$ того, что они могли получить при наследовании по закону [4, с. 226].