

11. Про іпотеку: Закон України № 898-IV від 05 чер. 2003 р.: за станом на 04 сер. 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до докум.: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/898-15>.

12. Постанова Верховного Суду України від 23 трав. 2012 р. – Справа № 6-37цс12 [Електронний ресурс]/ Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24704789>.

СТРИБКО Т. І.,
асистент кафедри теорії та історії
держави і права Чернівецького факультету
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)

УДК 340.149

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНЕ ВИЗНАЧЕННЯ ДОГОВОРУ: ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ

Вступ. Тенденція до підвищення ролі договору, що характерна для всього сучасного права, стала проявлятися в останні роки і в сучасній Україні. Ця тенденція, в першу чергу, пов'язана з докорінною перебудовою економічної, юридичної і політичної систем української держави. В умовах ринкової економіки, що формується, починають складатися нові господарські відносини, найкращою формою правового опосередкування яких є договір.

Постійна увага дослідників до такого явища як договір пов'язана і з тим, що юридична наука не претендує на утвердження раз і назавжди встановлених істин, а навпаки будує свої теорії в історично складних контекстах соціальних цінностей, цілей і завдань. Зміна таких контекстів тягне й необхідність перегляду основних правових понять.

Дослідженню поняття договору присвячено цілий ряд праць таких вчених-теоретиків, як: Н. Пархоменко, В. Іванова, В. Бабаєва, Н. Александрова, Р. Саватьє, В. Лазарева, С. Липня, Н. Граната, А. Міцкевича, проте, на нашу думку, недостатньо висвітлено поняття договору та відносини, які складаються щодо нього.

Постановка завдання. У статті здійснюється спроба визначення поняття «договір», який дозволяє здійснювати як нормативне, так й індивідуальне правове регулювання. Наводиться загальнотеоретична характеристика договору як різновиду правового акту.

Результати дослідження. У сучасній юридичній літературі термін «договір» вживається в найрізноманітніших значеннях. Наука, як правило, вивчає договір тільки в межах окремо взятої галузі. У такому випадку слід погодитись з тим, що підхід до розробки теорії договору як загальноправової конструкції є актуальним у зв'язку із зростаючим значенням договору, що є регулятором суспільних відносин. Водночас договір виступає як засіб координаційного правового регулювання, тобто регулювання, яке має двосторонній або багатосторонній характер. Окрім того, договір, незалежно від того, в якій сфері суспільних відносин він застосовується, завжди є джерелом виникнення прав і обов'язків.

Ставлення до договору як до джерела права формувалося в епоху античності. Вже тоді римські юристи *згоди народу* вважали універсальним правоутворюючим фактором. У цьому сенсі під договором вони розуміли і закон, і звичайне право. Такий підхід і розуміння форм, джерел правотворення властивий був республіканському періоду давньоримської історії. Саме тоді взаємовідносини між окремими групами людей, які складали певні роди чи племена, базувались або творились на договірних засадах, коли шляхом договірних відносин погоджувались і встановлювались певні правила мирного співжиття. І римські юристи вважали, що виникнення закону та звичаю обумовлене саме договором – погодженням громадян, який у випадку закону проявлявся в голосуванні, а у випадку правового звичаю – у мовчазній згоді. У подальшому ця позиція, посилена доктриною природного права, була сприйнята західноєвропейською юриспруденцією. Але даний підхід скоріше мав теоретичне, а не практичне значення. Отже, поняття договору – це домовленість двох або більше сторін, спрямоване на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

У сучасній теорії держави і права є три основні підходи до визначення нормативно-правового договору. Перший із них сягає корінням до практики римських юристів, які висунули припущення, що кожний нормативно-правовий договір, як і будь-яке джерело права загалом, є джерелом, оскільки являє собою угоду між законодавцем та населенням. По суті, мова тут іде не про договір як документ, а про договір як дію, і тому цей підхід видається доцільним до характеристики формально визначених договорів.

Другий підхід до сутності нормативно-правового договору запропонувала так звана конвенціональна теорія права. Згідно з цією теорією, право утворюється внаслідок численних договорів між органами влади колективними суб'єктами та окремими фізичними особами. А отже, кожний формально виражений договір є нормативно-правовим, оскільки містить правові норми, обов'язкові до виконання учасниками договору [3, с. 32].



Нарешті, третю групу давньоруських нормативно-правових договорів складають договори князів із народом (віче). І, знову-таки, сама нормативна сутність цих договорів не викликає у вчених сумніву. Але дискусійним є питання про поширеність таких договорів.

Огляд наукової літератури показує, що більшість авторів не поділяє цю точку зору, виділяючи при цьому два типи договорів: нормативні договори та індивідуальні договори. Різницю між ними знаходять у правових результатах, породжуваних зазначеними договорами – правової норми або індивідуального правового регулювання відповідно. Звідси випливає висновок, що нормативний договір є джерелом нормативного регулювання, а індивідуальний договір – джерелом нормативного регулювання [9, с. 57-59]. Загальноприйнятою позицією щодо сутності поняття «договір» є те, що це є угода двох або декількох осіб про встановлення, зміну або припинення будь-яких правовідносин. Окрім того, договір, незалежно від того, в якій сфері суспільних відносин він застосовується, завжди є джерелом виникнення прав і обов'язків. Ця особлива ознака властива договору в зв'язку з його природною необхідністю встановити обов'язок певної сторони виконати певні дії чи утриматися від них. Договір завжди породжує зобов'язальні правовідносини.

Віднесення нормативного договору до джерел права пояснюється, головним чином, децентралізацією правового регулювання, яка притаманна всім розвиненим правовим системам сучасності. В тій чи іншій пропорції нормативний договір присутній в кожній з таких правових систем, його значення в перспективі незмінно буде зростати.

З позиції загальної теорії права, нормативно-правовий договір являє собою угоду між суб'єктами права, покликану врегулювати їх відносини шляхом створення (заснування) взаємних прав і обов'язків; це такий договір (угода), який містить норми права [16, с. 386]. Оскільки нормативний договір є результатом оформлення (вираження) узгоджених волевиявлень суб'єктів правотворчості, він є видом і формою правотворчості (договірної правотворчості), його можна визначити як договірний правотворчий (правозастосовчий) акт, що встановлює правові норми.

Вчений в галузі теорії держави і права Н.М. Пархоменко зазначає, що нормативно-правовий договір – це угода, змістом якої є норми права, між суб'єктами публічно-правових відносин, що може бути підставою для виникнення, зміни та припинення цих відносин [13, с. 6]. Існують й інші погляди на визначення нормативно-правового договору. Так, наприклад, Бабаєв В.К. визначає це поняття як «об'єктивне, формально обов'язкове правило поведінки загального характеру, яке встановлене за взаємною домовленістю двох і більше суб'єктів суспільних відносин з метою врегулювання певної життєвої ситуації, носить загальнообов'язковий характер та забезпечується державою» [4, с. 163].

Якісними характеристиками договору, на думку Н.М. Пархоменко, є: 1) укладання договору веде до встановлення юридичного зв'язку між його учасниками; 2) змістом договірної угоди є виконання дій, що приводять до досягнення мети учасників договору, задоволення їх інтересів; 3) договір передбачає правовий режим поведінки осіб у рамках зв'язку, що виник, визначає вимоги до порядку і послідовності здійснення необхідних дій його суб'єктами; 4) договір виникає в результаті згоди між його учасниками з усіх суттєвих його умов, добровільної за характером, тобто з заснованою на вільному волевиявленні; 5) формальна рівність сторін договору як у виборі партнерів за критерієм загального або взаємного інтересу, чи потреб різного роду, так і рівність сторін в якості партнерів; 6) еквівалентний характер взаємовідносин між учасниками договору здійснення дій однією особою передбачає зустрічну компенсацію, рівноцінну для отримуючого; 7) змістом договору є умови, на яких він укладається та взаємні вимоги партнерів права, обов'язки; [13, с. 15].

Н.Г. Александров визначає договір в самому широкому сенсі як «узгоджене волевиявлення двох або декількох формально рівних (на момент укладання договору) суб'єктів, що здійснюється з метою викликати юридичні наслідки» [1, с. 82].

Крім представлених, існує безліч інших визначень поняття нормативного договору як різновиду договору, в якому автори намагаються охопити найбільш значущі сторони даного явища.

Не применшуючи пізнавальної значимості загальних визначень поняття договору, більш раціональним в плані його вивчення і розробки загальної теорії договору слід визнати виявлення і розгляд властивих інституту договору найбільш характерних ознак і рис. Виробляючи визначення поняття нормативно-правового договору на галузевому рівні, деякі дослідники, (наприклад, М.Н. Марченко) намагались також сформулювати аналогічне визначення і на загальнотеоретичному рівні. Нормативно-правовий договір при цьому розглядається як заснована на рівності сторін і спільності інтересів угода, що містить в собі норми права загального характеру, спрямована на досягнення бажаного результату сторонами [11, с. 275].

Говорячи про основні риси та особливості нормативно-правового договору, необхідно звернути увагу, перш за все, на те, що, будучи одним з різновидів договірних актів, він володіє тими загальними ознаками і рисами, які властиві всім іншим типам договірних актів. Це «універсальні» ознаки, властиві будь-якому договору, що виникає у сфері міжнародного або національного права, який виступає в якості джерел тієї чи іншої галузі права або не буде таким, що володіє публічно-правовим характером або має приватноправовий характер.



Але крім універсальних характеристик, слід виділяти і специфічні:

1. Свобода волевиявлення сторін, тобто вільне вирішення питань про вступ або невступ в договірне правовідношення через висунення індивідуальних умов. Але дане волевиявлення обмежене, з одного боку, державою і не повинно виходити за рамки можливого і дозволеного, встановленого законом, з іншого боку – аналогічною свободою іншого суб'єкта. У даному контексті можна навести вислів Р. Саватьє: «З одного боку, договори є засобом вираження волі особи, а з іншого боку – ця свобода відчужується в самому процесі, через її здійснення особа обмежує себе, приймаючи добровільні обов'язки» [15].

2. Узгодження індивідуальних волевиявлень сторін. Дана ознака складається з двох взаємопов'язаних частин:

- індивідуальності волевиявлень сторін;
- узгодження індивідуальності.

Індивідуальність існує до тих пір, поки сторони не почнуть процес узгодження. На практиці часом відсутній процес узгодження, а є тільки момент прийняття чи неприйняття вже встановлених умов договору. Прикладом таких договорів можуть служити договори приєднання [12, с. 37-38].

Нормативно-правовий договір має і свої власні, властиві тільки йому, які виділяють його серед інших договірних актів, особливі ознаки і риси.

У їх числі слід вказати, по-перше, на те що, на відміну від усіх інших різновидів договірних актів, нормативно-правовий договір містить в собі правові норми – правила загального та обов'язкового характеру.

Виходячи з вищевикладеного, особливості нормативного договору полягає в тому, що встановлення норми спільно здійснюється декількома (як мінімум двома) суб'єктами правотворчості, причому їх волевиявлення повинні бути відокремлені і самостійні. «Договірна норма – це узгоджена норма, нормативне встановлення, вироблене за допомогою узгодження. У цьому і, по суті, тільки в цьому, полягає специфіка договірних норм» [7, с. 27]. Традиційно склалося у вітчизняній і зарубіжній літературі визначення норми права – це припис загального характеру. На відміну від індивідуального правового припису – акта застосування права – вона, як вірно зауважує М.І. Байтін, «розрахована не на окреме разове ставлення, що діє не на будь-яких конкретних осіб, а на безліч відносин певного виду та індивідуальних не персоніфікованих осіб, які підпадають під її дію» [5, с. 289].

Іншими словами, загальний характер норми, що міститься в правовому договорі або іншому правовому акті, полягає в багатократності її застосування, повторенні, в поширенні її дії на невизначене коло осіб.

Зрозуміло, в тих випадках, коли хоча б однією із сторін нормативно-правового договору є недержавний інститут – орган чи організація, то обов'язковий характер договірної норми забезпечується не тільки державними, а й недержавними засобами. З іншої сторони, на відміну від приватноправових, індивідуальних договорів нормативно-правовий договір може містити в собі не тільки норми, але й принципи права.

Договори базуються на диспозитивних нормах права, тобто на нормах, що надають учасникам правовідносин можливість самим домовитися про взаємні права та обов'язки.

У правовому житті є два види договорів: 1) договори-угоди; 2) нормативні договори (є джерелом права). Їх відмінні риси наступні:

- в договорі-угоді кожна зі сторін бажає свого результату, наприклад, договір купівлі-продажу – одна сторона бажає продати, друга купити певну річ;
- в нормативному ж договорі обидві сторони бажають одного – встановити спільну норму.

В першому випадку мотиви обох сторін різні, в другому – один і той же мотив – свідомість потреби певної правової норми. Договір- угода творить тільки правовідношення, нормативний договір створює об'єктивну правову норму.

Окрім автоматичного додатку універсальних характеристик, слід виділяти і специфічну ознаку договірної норми – детермінованість самою природою договірних правових актів як актів волевиявлень. Справа тут навіть не стільки в тому, що встановлення норми спільно здійснюється декількома (як мінімум двома) суб'єктами правотворчості, скільки в відособленості, самостійності їх нормовстановлених волевиявлень. Договірна норма – це узгоджена норма, нормативне встановлення, вироблене за допомогою узгодження. У цьому полягає специфіка договірних норм. Це практично не відбивається на внутрішньому змісті договірного нормативного встановлення. Правова норма – це завжди загальне встановлення і завжди державне веління.

Що ж стосується зовнішніх ознак договірних нормативних приписів, то, безсумнівно, для віднесення договірних приписів до нормативних необхідна наявність наведених вище ознак. З іншого боку, самі формулювання договірних приписів відмінні від формулювань тих же законодавчих приписів. У договірних актах вживаються конструкції типу «сторони домовилися», «сторони зобов'язуються» і т. д. Таким чином зовні проявляється погоджувальна природа договірних нормативних установлень.

У зв'язку з цим нормативні договори можна називати «договорами про норми». Подібні визначення зустрічаються в літературі. В.В. Лазарев і С.В. Липень вважають, що нормативний договір являє собою «угоду двох або більше сторін, в результаті якого встановлюються, змінюються або скасовуються норми



права» [10, с. 145]. Як угоду, що «встановлює, змінює або скасовує правові норми», визначає нормативний договір Н.Л. Гранат [7, с. 11].

Незважаючи на те, що конкретний нормативний договір спрямований на створення правової норми, покликаної регулювати відносини обмеженого кола осіб, але зважаючи на значну кількість таких договорів, вони є важливою формою права не лише у міжнародному, а й внутрішньому державному відношенні [2, с. 105-106].

Встановлення правових норм охоплюється поняттям «правотворчість» (нормотворчість). За своїм фактичним змістом правотворчість являє собою систему організаційно-процесуальних дій.

Як зазначає Є.О. Гада, правотворчість – це форма владної діяльності держави, а в окремих випадках – безпосередньо народу, спрямована на формулювання чи санкціонування нормативно-правових актів, за допомогою яких у діючу систему права запроваджуються нові, змінюються чи скасовуються існуючі норми права [6, с. 153].

Розрізняють чотири основні форми правотворчої діяльності: а) безпосередня державна правотворчість; б) правотворчість референдуму; в) санкціонована недержавна правотворчість; г) спільна правотворчість державних і недержавних суб'єктів.

Але сформулювати загальне визначення договірної правотворчості цілком можливо. Якщо правовий акт являє собою оформлення вираження узгоджених волевиявлень, встановлює узгоджені правові норми, то сам процес встановлення також потрібно охарактеризувати, роблячи акцент на його погоджувальній природі. Звідси випливає, що найбільш близьким синонімом договірної правотворчості буде «погоджувальна правотворчість». Зауважимо, що схожа постановка проблеми вже мала місце у вітчизняній літературі – А.В. Міцкевич зазначав, що для «прийняття» договору нормативного змісту вимагається «узгодження рішень двох і більше сторін. Договірна правотворчість – це спосіб правотворчої діяльності, заснований на узгодженні відокремлених волевиявлень суб'єктів правотворчості, спрямованих на встановлення правових норм.

У найбільш загальному плані можна виділити три стадії договірної правотворчої процесу: а) підготовка та узгодження проекту договору, б) укладення договору, в) запровадження договору в дію.

Підготовка та погодження проекту договору – перша стадія договірної правотворчості. Ініціатива підготовки проекту договору може бути висунута як одним, так і кількома суб'єктами передбачуваного договору. Розробка вихідного тексту проекту також може бути здійснена однією зі сторін самостійно, але більш продуктивно видається все ж спільна розробка. Чим раніше суб'єкти приступлять до узгодження взаємних позицій, а отже, формулювань тексту проекту, тим більше ймовірність, що їх умови втіляться у постановку, які не будуть згодом предметом «множинних тлумачень». Кінцевий варіант проекту, в будь-якому випадку, буде вироблений на основі різних погоджувальних процедур (консультацій, переговорів і т.д.).

На стадії укладання договору відбувається підписання відповідних документів, що є вираженням згоди, досягнутої сторонами договору. Можливі й інші форми вираження згоди, наприклад, обмін документами, які становлять договір (у міжнародній договірній правотворчості).

Третя стадія договірної правотворчості – введення договору в дію – включає різні процедури, що здійснюються з вже укладеними договорами для вступу їх в юридичну силу: ратифікація, затвердження, прийняття – для міжнародних договорів; ратифікація, реєстрація – для окремих видів внутрішньодержавних договорів тощо, а також офіційне опублікування чи інші способи доведення змісту його норм до адресатів.

Висновки. В умовах становлення правової держави, нормативний договір має вагоме правотворче значення, а договірна конструкція в цілому набуває значення універсального і часто єдиного можливого регулятора взаємовідносин сторін. Зростаюче різноманіття договірної регулювання зумовило необхідність по-новому розглянути проблему розуміння поняття і сутності договору. Можна відмітити те, що питання нормативно-правового договору (у зв'язку із подальшим розвитком правових відносин) ще не раз буде об'єктом наукових досліджень вчених в галузі юриспруденції.

Список використаних джерел:

1. Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений//Ученые записки ВШЮН. М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1946. – Вып.У1. С. 60-83.
2. Андрусак Т.Г. Теорія держави і права. – Львів, 1997.
3. Бабенко А.Н. Правовые ценности (вопросы теории)/А.Н. Бабенко. – М.: Типография Академии управления МВД России, 2001. – 184 с.
4. Бабаев В.К. Теория государства и права: Учебник/М.: Юрист, 2004. – 592 с.
5. Байтин М.И. Сущность права. Современное нормативное правопонимание на грани двух веков. – Саратов: Право и государство, 2001. – 544 с.
6. Гада О.Є. Теорія держави і права. За редакцією О.Є. Гіди. – К.: ФОРМ-Літкан, 2011. – 507 с.
7. Гранат Н.Л. Источники права//Юрист. – 1998. – №9. – с. 11.
8. Денисова А.И. Теория государства и права. – М., 1980, – с. 260.
9. Иванов В.В. Некоторые вопросы теории нормативного договора//Право и Политика. 2000. – № 4. – С. 21-27.



10. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права. – М., 1998. – С. 183
11. Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. М.: Проспект, 2008. – 760 с.
12. Парфенова Т.А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность: Дис. канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. – 178 с.
13. Пархоменко Н.М. Договір у системі форм права України. – К., 2000. – С. 42.
14. Поголкин А.С. Общая теория права/Под ред. А.С. Пиголкина. – М., 1996. – С. 167.
15. Саватье Р. Теория обязательств: юридический и экономический очерк. – М.: Прогресс, 1972. – 440 с.
16. Червонюк В.И. Элементарные начала общей теории права: Учебное пособие для вузов. – М.: Колосс, 2003. – 544с.

ТРИНЬОВА Я. О.,
кандидат юридичних наук,
професор кафедри кримінального права
(Національна академія прокуратури України)

УДК 343.2/7

ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ЗАБОРОНУ РЕПРОДУКТИВНОГО КЛОНУВАННЯ ЛЮДИНИ»: ПОСТАТЕЙНИЙ АНАЛІЗ

Надано постатейний аналіз закону України в сфері генної інженерії. Викрито недоліки Закону: його неточності у визначеннях, недостатність предметів, щодо яких встановлено правове регулювання цим нормативним актом. Надані пропозиції по їх усуненню. Вказано на неузгодженість цього закону із системою національного законодавства.

Ключові слова: клонування, репродуктивне клонування, біоетика, кримінальне право.

Представлен постатейный анализ закона Украины в сфере генной инженерии. Раскрыты недостатки Закона: его неточности в определениях, недостаточное число предметов, относительно которых установлено правовое регулирование этим нормативным актом. Выдвинуты предложения по их устранению. Указано на несогласованность этого закона с системой национального законодательства.

Ключевые слова: клонирование, репродуктивное клонирование, биоэтика, уголовное право.

Courtesy of itemized analysis of the law of Ukraine in the field of genetic engineering. Been revealed the shortcomings of the law: his errors in definitions, lack of items for which a legal regulation of this law. The proposals to eliminate them. Specified on the inconsistency of the law of the system of national law.

Key words: cloning, reproductive cloning, bioethics, criminal law.

Вступ. Останні п'ятдесят років розвитку науки та техніки означилися вагомими досягненнями в цій сфері. Але більшість знань, які були отримані, можна із впевненістю віднести до так званого «небезпечного знання». Небезпечність його полягає в тому, що подібне знання акумулюється в суспільстві швидше, ніж мудрість щодо користування ним. Розвиток одних галузей виробництва, що відбувається швидше за інших, вносить певний дисбаланс у суспільні відносини. Особливо ясно це можна прослідкувати на прикладі дисгармонії співіснування деяких відкриттів в науці або техніці та відсутності їх правового забезпечення, що призводить до зловживань в цій царині, а також до повної бездіяльності за відсутності засобів державно-правового реагування відповідних суб'єктів. Наслідком цього є зростання злочинності в цій сфері.

Серед таких прикладів можна навести останні відкриття в галузі генної інженерії (використання допоміжних репродуктивних технологій, отримання та використання стовбурових клітин людини, клонування людини тощо) та відставання відповідного юридичного забезпечення в цій сфері. Так, формальний дозвіл на законодавчому рівні про ведення терапевтичного клонування людини в Україні ще не розв'язав повністю проблему законодавчого забезпечення терапевтичного клонування в Україні, що може породжувати багато проблем у правозастосуванні.

Постановка завдання. Метою статті є акцентування уваги наукової спільноти на вагомих прогалинах в законодавстві в такій актуальній сфері життя людей, як гена інженерія та біоетика. Зауважується на тісному сплетінні «позитивного» та кримінального законодавства їх відповідності, гармонії.

Результати дослідження. В 2004 році було прийнято Закон України «Про заборону репродуктивного клонування людини» [1]. Поява цього національного нормативно-правового акту в системі законодавства

