

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,  
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

Національний університет  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

Випуск 63



О д е с а  
«Юридична література»  
2 0 1 2

ББК 67(4Укр)я43  
А 437  
УДК 340(477)1082

Збірник наукових праць присвячений загальнотеоретичним проблемам сучасної юриспруденції, філософським, історичним дослідженням держави та права, актуальним питанням правового регулювання трудових та соціально-забезпечувальних відносин, проблемам сучасної цивілістики, іншим галузевим напрямкам розвитку сучасного права України.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків.

**Редакційна колегія:**

д-р юрид. наук, проф. *С. В. Ківалов* (головний редактор),  
д-р юрид. наук, проф. *В. М. Дрьомін* (заступник головного редактора),  
д-р юрид. наук, проф. *Ю. П. Аленін*, канд. юрид. наук, проф. *М. Р. Аракелян*, канд. юрид. наук, проф. *Л. Р. Біла-Гіцунова*, д-р юрид. наук, проф. *О. К. Вишняков*, д-р юрид. наук, проф. *М. А. Дамірлі*, д-р юрид. наук, проф. *Є. В. Додін*, канд. юрид. наук, проф. *В. В. Завальнюк*, канд. юрид. наук, проф. *І. І. Каракаш*, д-р юрид. наук, проф. *Ю. М. Оборотов*, д-р юрид. наук, проф. *М. П. Орзіх*, д-р юрид. наук, проф. *О. П. Подцерковний*, канд. юрид. наук, проф. *Ю. Є. Полянський*, д-р юрид. наук, проф. *В. В. Тищенко*, д-р юрид. наук, проф. *В. О. Туляков*, д-р юрид. наук, проф. *Є. О. Харитонов*, д-р юрид. наук, проф. *О. І. Харитонova*, д-р юрид. наук, проф. *Г. І. Чанишева*

Відповідальний за випуск  
доктор юридичних наук  
*В. М. Дрьомін*

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України,  
свідectво про державну реєстрацію друкованого засобу інформації  
серія КВ № 16844-5606 ПР від 29.06.2010 р.  
Постановою Презпдії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.1999 р.  
збірник внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

## ПЕРЕДМОВА

Представлений збірник наукових статей націлений на розвиток вітчизняної юриспруденції, удосконалення чинного законодавства і практики його застосування. У збірнику розглядаються загальнотеоретичні проблеми сучасної юриспруденції, філософські та історичні основи держави та права, питання правового регулювання трудових та соціально-забезпечувальних відносин, проблеми сучасної цивілістики.

Безсумнівний інтерес викликають матеріали, в яких подані дослідження із загальнотеоретичної юридичної науки, спрямовані на вдосконалення методології розуміння сучасного права та держави. Стратегічні рішення, які стосуються перебудови правової системи та державної влади в Україні, повинні мати фундаментальне науково-теоретичне обґрунтування. Автори звертають увагу на те, що перед сучасною політико-правовою наукою постає важлива проблема забезпечення державного суверенітету в умовах глобалізації. Оцінюючи стан вітчизняної юридичної науки в цілому та загальнотеоретичної юриспруденції зокрема, вчені акцентують увагу на кризі парадигми юридичного позитивізму, коріння якого сягають ще радянських часів. Науковцями аналізується термінологія, що склалася в юридичній літературі для позначення способів тлумачення норм права.

Автори статей характеризують сферу публічно-правових відносин, яка на сучасному етапі державотворення зазнає суттєвих змін і значно ускладнюється, що, у свою чергу, вимагає встановлення чітких правил визначення судової установи, яка має необхідні засоби для швидкого, компетентного розгляду справи і прийняття правосудного рішення. Так, вчені цілком обґрунтовано доводять, що поряд із триваючими дискусіями щодо алгоритму визначення юрисдикції адміністративного суду все більшого значення набувають питання визначення підсудності, передусім, предметної. Тому у збірнику детальному аналізу піддається категорія «предметна підсудність», розкривається значення правил предметної підсудності в адміністративному судочинстві та визначаються прогалини правового регулювання правил предметної підсудності в КАС України.

Не менш важливим є висвітлення авторами проблем правового регулювання земельних відносин, зокрема створення ефективного земельного законодавства, становлення та функціонування центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин.

Слід погодитися з авторами в тому, що вирішення проблем, які постають перед сучасною юриспруденцією, неможливо без філософського осмислення правової реальності, розуміння її ціннісних засад. У такому контексті зростає значення філософії права як світоглядно-методологічної основи сучасної юриспруденції, що спрямовує свою увагу на актуальні проблеми держави і права. Особливо важливим для сучасного етапу розвитку української юриспруденції

є поєднання філософського та юридичного знання, тісний зв'язок між теорією та практикою.

Відомо, що теорія держави і права відкриває найбільш загальні закономірності розвитку і функціонування правової дійсності, спираючись на наукові результати історичних досліджень. Авторами досліджуються змістовна наповненість та застосування принципів права у Стародавньому Римі, що допомагає зрозуміти цю категорію більш глибоко, проаналізувати «витоки» та перехід цих принципів до систем права романо-германської правової сім'ї; аналізується роль та місце норм німецького міського права серед джерел права України-Гетьманщини; вивчається історичний процес становлення і розвитку англійського парламентаризму та інші питання в контексті дослідження політико-правових аспектів сучасної державності.

Важливим напрямком наукових досліджень є обґрунтування ефективного юридичного механізму захисту соціальних прав людини за допомогою таких галузей права, як трудове право, право соціального забезпечення. Слід погодитися з тим, що трудове та соціальне законодавство України повинні відповідати закріпленій у ст. 1 Конституції України ідеї соціальної держави, політика якої спрямована на створення умов, що забезпечують гідне життя і вільний розвиток людини та громадянина. У збірнику містяться статті, в яких досліджуються практичні та теоретичні проблеми правового регулювання трудових та соціально-захисних відносин в умовах ринкової економіки.

Окремий розділ збірника присвячений вивченню найбільш актуальних питань сучасної цивілістики. Визначається сутність та механізм законодавчого визначення цивільно-правового договору; пропонуються способи вирішення колізій між нормами чинного законодавства; висвітлюється питання щодо співвідношення поняття правової допомоги з поняттям права на захист; визначається поняття іпотеки за законодавством України та деяких західних країн та вносяться пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства України з урахуванням позитивного зарубіжного досвіду.

Безумовно, що перелік та короткий аналіз наукових проблем, які висвітлені у цьому збірнику, не відбивають все різноманіття сучасної юриспруденції. Разом з тим можна висловити сподівання, що подані матеріали будуть корисними широкому колу читачів, як науковцям, так і студентам, а також юристам-практикам, яких цікавлять сучасні проблеми правового життя сучасної України.

*Сергій КІВАЛОВ,*

доктор юридичних наук,  
професор, академік НАПрН України,  
президент Національного університету  
«Одеська юридична академія»,  
голова Комітету Верховної Ради  
України з питань правосуддя

Розділ 1

**ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ  
СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**



## ЩОДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТНОЇ ПІДСУДНОСТІ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

За відносно недовгий період свого існування адміністративне судочинство зайняло важливе місце у системі інструментів забезпечення захисту прав і свобод людини. В той же час сфера публічно-правових відносин, передусім управлінських, на сучасному етапі державотворення зазнає суттєвих змін і значно ускладнюється, що, в свою чергу, вимагає встановлення чітких правил визначення судової установи, яка має необхідні засоби для швидкого, компетентного розгляду справи і прийняття правосудного рішення. Отже, поряд із триваючими дискусіями щодо алгоритму визначення юрисдикції адміністративного суду, все більшого значення набувають питання визначення підсудності, передусім, предметної.

За останній час проблема предметної підсудності адміністративних справ дедалі більше привертає увагу і науковців, оскільки категорія підсудності є базовим інститутом адміністративного процесу, і практиків, оскільки від того, чи правильно буде обраний суд, до якого треба звернутися з позовною заявою, безпосередньо залежить, наскільки швидко буде вирішена справа.

Удосконалення правил предметної підсудності адміністративних справ має будуватися із урахуванням теоретично обґрунтованих пропозицій дослідників адміністративно процесуального права та ґрунтовного аналізу існуючої судової практики як показника доцільності віднесення тієї чи іншої адміністративної справи до компетенції певної судової установи. Проте, незважаючи на те, що адміністративне судочинство стало одним із основних напрямків наукових пошуків учених-адміністративістів, процесуальні аспекти адміністративного судочинства в Україні все ще залишаються мало дослідженими.

Сучасні наукові праці в основному спрямовані на аналіз організаційно-правових засад функціонування адміністративних судів в Україні, правові засади захисту такими судами прав громадян. Значний внесок у розвиток теорії адміністративного процесуального права становлять дослідження таких відомих вчених, як В. М. Бевзенко, В. В. Гордєєв, В. К. Колпаков, Р. О. Куйбіда, О. В. Кузьменко, О. І. Панченко, М. І. Смокович, В. С. Стефанюк, О. М. Пасенюк, В. Г. Перепелюк, М. І. Цуркан та ін. Суттєвим зрушенням у дослідженні власне процесуальних аспектів адміністративного судочинства стала робота Р. В. Ватаманюка, в якій розглянутий інститут підсудності в адміністративному судочинстві. В той же час аналіз діяльності адміністративних судів свідчить про існування прогалин правового регулювання при відкритті провадження у справі з порушенням предметної підсудності; спірність норм, що визначають окремі різновиди предметної підсудності; необґрунтоване повернення позовної заяви позивачеві на підставі норм інституту підсудності тощо. Отже, недостатня теоретична розробка предметної підсудності справ адміністративним судам,

наявність прогалин правового регулювання порядку передачі адміністративної справи іншому суду на підставі норм предметної підсудності визначають необхідність детального дослідження предметної підсудності як первинного «фільтра» при визначенні компетентної судової установи для розгляду і вирішення конкретної адміністративної справи.

Слід зазначити, що в теорії сучасного адміністративного процесуального права не склалося єдиної думки щодо правової природи підсудності взагалі та предметної підсудності зокрема. Отже, дослідження цього питання потребує, у першу чергу, вироблення категоріального апарату та визначення ролі і значення предметної підсудності як однієї з основ встановлення і розмежування влади суду та кола справ, що підлягають розгляду визначеною судовою ланкою. Неоднозначність розуміння предметної підсудності в юридичній літературі призвела до різного її тлумачення, а особливо щодо співвідношення з іншими процесуальними інститутами та видами підсудності.

Одним із важливих завдань є визначення поняття та правової природи предметної підсудності в адміністративному судочинстві, а також дослідження значення предметної підсудності в адміністративному судочинстві на основі комплексного вивчення та аналізу теоретичних положень, нормативно-правового регулювання та сучасної практики застосування правил про підсудність адміністративних справ.

Адміністративний процес у розумінні діяльності щодо здійснення правосуддя при розгляді і вирішенні публічно-правових спорів проходить становлення із урахуванням здобутків традиційних видів юридичного процесу, таких як кримінальний, цивільний. Оскільки підсудність як правова категорія використовується у багатьох галузях процесуального права і основні риси цього правового явища загальні для більшості видів юридичного процесу, варто звернутися до визначення загальнотеоретичних та галузевих дефініцій підсудності.

Так, в науці та практиці кримінального процесу під підсудністю розуміють «сукупність юридичних ознак (властивостей) кримінальної справи, на основі яких кримінально-процесуальний закон визначає суд, що має право розглянути її і вирішити по суті пред'явленого обвинувачення» [7, 308]. Схожих позицій щодо змісту підсудності дотримується й російський учений Т. С. Руденко, який визначає підсудність як процесуальний інститут, у межах якого розглядається встановлена законом сукупність ознак кримінальної справи, що дозволяють віднести її до відання того чи іншого суду першої інстанції, а також порядок вирішення питань про передачу справ відповідно до їх підсудності [11, 58].

В дослідженнях, присвячених вивченню проблеми підсудності в цивільному процесі, вона визначається через розмежування компетенції відповідних судів [15, 34; 6, 200]. Зокрема, М. Й. Штефан вважає, що підсудність — це розмежування компетенції між окремими ланками судової системи і між судами однієї ланки щодо розгляду і вирішення підвідомчих їм цивільних справ [16, 220].

У Великому енциклопедичному юридичному словникові, підготовленому за редакцією Ю. С. Шемшученка, визначаються поняття «підсудність у кримі-

нальному судочинстві», «підсудність у цивільному судочинстві». Так, підсудність у кримінальному судочинстві — це розмежування компетенції між окремими ланками судової системи і між судами однієї ланки щодо розгляду і вирішення підвідомчих їм кримінальних справ. Підсудність у цивільному судочинстві — розмежування компетенції між окремими ланками судової системи і між судами однієї ланки щодо розгляду і вирішення підвідомчих їм цивільних справ [5, 629–630].

Безперечно, учені-адміністративісти при побудові інституту підсудності в адміністративному процесі формулювали поняття підсудності із урахуванням досвіду фахівців кримінального і цивільного процесу. Так, О. Ю. Осадчий вважає, що «підсудність адміністративного суду — компетенція певного адміністративного суду щодо розгляду і вирішення адміністративних справ» [8, 90]. В іншому випадку йдеться про підсудність справи, під якою розуміють такі якості (ознаки, особливості) справи, за якими вирішують питання про те, в якому саме суді має розглядатися справа. Зокрема, І. Б. Коліушко під «підсудністю адміністративних справ розуміє коло адміністративних справ, які може вирішувати кожен конкретний адміністративний суд» [4, 77]. Тобто для спрощення практичного застосування вважається, що визначити підсудність справи — означає з'ясувати, в якому із численних адміністративних судів, залежно від певних ознак справи, повинна бути розглянута певна справа. Визначити ж підсудність суду — означає встановити, які саме адміністративні справи можуть бути розглянуті в цьому адміністративному суді. У цьому контексті обґрунтованою є думка М. С. Строговича, який вважає, що «підсудність є ознака (властивість) не суду, а справи і тому правильніше говорити: «підсудність (такої-то) справи (такому-то) суду» [14, 145].

Підсумовуючи наведені позиції, можна визначити такі ключові позиції, «відправні точки», для формулювання терміна «підсудність»: по-перше, підсудність справ адміністративним судам «встановлюється процесуальним законодавством з урахуванням сукупності юридичних ознак судової справи», по-друге, підсудність є проявом властивостей конкретної справи, згідно з якими вона підлягає розгляду в конкретному суді по першій інстанції [10, 13], по-третє, підсудність розмежовує компетенцію між адміністративними судами щодо розгляду адміністративних справ.

Кодекс адміністративного судочинства України [2] (далі — КАС України) визначає предметну (ст. 18), територіальну (ст. 19) та інстанційну (ст. 20) підсудність адміністративних справ, тобто підсудність адміністративної справи визначається КАСУ України за допомогою трьох критеріїв, які позначаються як різновиди підсудності адміністративних справ, а саме: предметної (родової), територіальної (просторової) та інстанційної (функціональної).

Предметна підсудність є найбільшим і найскладнішим видом підсудності, яку часто в теорії процесуального права називають родовою. В адміністративному судочинстві це дуже складне питання, зважаючи на те, що всі адміністративні суди залежно від категорії справ можуть виконувати функції суду першої інстанції. Крім того, до адміністративних судів належать місцеві за-

гальні суди, яким відповідно до ч. 1 ст. 18 КАСУ підсудні адміністративні справи, а тому в структурі адміністративних судів України місцевими адміністративними судами є не тільки окружні адміністративні суди, а й місцеві загальні суди як адміністративні суди.

Предметна підсудність адміністративних справ становить сукупність правил, що визначають розмежування компетенції судів певних ланок щодо розгляду адміністративних справ по першій інстанції залежно від предмета публічно-правового спору або його суб'єктного складу. Вона визначає компетенцію різних ланок судової системи по розгляду адміністративних справ по першій інстанції залежно від предмета спору або суб'єктного складу сторін спірних правовідносин. Таке розмежування компетенції судових органів обумовлюється потребою найкращої організації судової влади, щоб створити для осіб, які потребують судового захисту, найбільш сприятливі умови для участі в судочинстві, для залучення всіх заінтересованих осіб і доказів по справі [13, 231]. Таким чином, під предметною підсудністю слід розуміти розподіл адміністративних справ між адміністративними судами, що діють як суди першої інстанції, залежно від категорії справ (предмета позову) [12, 26].

Правила предметної підсудності визначені ст. ст. 18, 172, 173, 174, 182 КАС України. Предметна підсудність передбачає собою право суду певної інстанції розглядати справу як суд першої інстанції. Діюча редакція КАС України надає право суду першої інстанції місцевим районним, міським, міжрайонним загальним судам як адміністративним судам, окружним адміністративним судам, апеляційним судам та Вищому адміністративному суду України.

Відповідно до ч. 1 ст. 18 КАС України місцевим загальним судам як адміністративним судам підсудні: 1) адміністративні справи, в яких однією зі сторін є орган чи посадова особа місцевого самоврядування, посадова чи службова особа органу місцевого самоврядування, крім тих, які підсудні окружним адміністративним судам; 2) усі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності. Це означає, що на відміну від положень ст. 17 КАС України, де зазначені норми про підвідомчість кола справ, віднесених до розгляду адміністративних судів як окремої системи юрисдикційних органів держави, ст. 18 цього Кодексу дозволяє розмежовувати справи, підвідомчі адміністративним судам у межах системи адміністративних судів між окремими її елементами.

Справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення позивачів до адміністративної відповідальності віднесені до підсудності місцевих загальних судів як адміністративних судів. З урахуванням цього слід зазначити, що окремі суди, всупереч ст. 17 КАС України, дотримуються позиції, що постанови суб'єкта владних повноважень у справі про адміністративні правопорушення не належить оскаржувати в порядку адміністративного судочинства. Таке розуміння даного припису є невірним, а практика цих судів вважається такою, що суперечить нормам законодавства, оскільки іншого механізму оскарження постанов про притягнення до відпові-

дальності за вчинення адміністративного правопорушення органом та посадовими особами чинне законодавство України не передбачає.

Спеціальні правила предметної підсудності передбачені також главою 6 «Особливості провадження в окремих категоріях адміністративних справ» розділу III КАС України (ч. 3, 5 ст. 172, ч. 2 ст. 173, ч. 3 ст. 174, ч. 3 ст. 175, ч. 1 ст. 176, ч. 1 ст. 180, ч. 1 ст. 182 КАС України). Зокрема, згаданими статтями передбачено, що місцевим загальним судам як адміністративним судам підсудні: справи з приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій, комісій з референдуму, членів цих комісій, за винятком рішень, дій чи бездіяльності, що визначені ч. 3, 4 ст. 172 КАС України; справи щодо уточнення списку виборців (ст. 173 КАС України); справи щодо оскарження дій чи бездіяльності засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори та референдум (ст. 174 КАС України); справи про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (ст. 182 КАС України).

Окружним адміністративним судам підсудні адміністративні справи, в яких однією зі сторін є орган державної влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, їх посадова чи службова особа, крім справ з приводу їхніх рішень, дій чи бездіяльності у справах про адміністративні проступки. До окружного адміністративного суду оскаржуються також рішення, дії чи бездіяльність виборчої комісії Автономної Республіки Крим, обласної виборчої комісії, Київської чи Севастопольської виборчих комісій щодо підготовки та проведення місцевих виборів; територіальної (окружної) виборчої комісії щодо підготовки та проведення виборів київського чи севастопольського міського голови; територіальних (окружних) виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів Президента України, народних депутатів України; обласних комісій з референдуму і комісії Автономної Республіки Крим із всеукраїнського референдуму, а також членів зазначених комісій.

Ці нормативні приписи чітко визначають, що окружні адміністративні суди розглядають і вирішують адміністративні спори як суди першої інстанції, у яких обов'язково стороною є орган державної влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, їх посадова чи службова особа. Перелік таких органів міститься в Конституції України і їх визначення труднощів не викликає.

Відповідно до ч. 4 ст. 18 КАС України Вищому адміністративному суду України як суду першої і останньої інстанції підсудні справи: 1) щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму; 2) про дострокове припинення повноважень народного депутата України; 3) щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

У випадках невизначення КАС України предметної підсудності адміністративної справи така справа розглядається місцевим адміністративним судом,

окружним адміністративним судом за вибором позивача. Це означає, що альтернативна предметна підсудність (за вибором позивача) встановлена також для випадків, про які не згадано в КАС України, але які виникають на практиці. Наприклад, коли відповідачем по конкретній справі є не орган державної влади, не орган Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування та не їх посадова чи службова особа, а суб'єкт (наприклад, підприємство), що виконує делеговані повноваження. У цьому випадку предметна підсудність визначається за правилом ч. 5 ст. 18 КАС України [9, 12].

Інститут альтернативної (виборної) предметної підсудності не є новим у судочинстві, однак цією нормою, на наш погляд, затверджено право позивача обрати неупереджений суд, тобто законодавець надав можливість позивачеві у разі сумніву в об'єктивності чи неупередженості певного суду вибрати інший. Щоправда, у такому разі слід пам'ятати, що цим судом є не будь-який місцевий адміністративний суд, а лише окружний адміністративний або місцевий загальний суд як адміністративний суд, територіальна підсудність яких поширюється на таку справу. Наприклад, до таких справ належать справи за позовами фізичних осіб (депутатів) до відповідного органу політичної партії про оскарження рішення щодо припинення повноважень депутата.

КАСУ встановлена норма, яка передбачає наслідки за недотримання правил підсудності. Так, відповідно до п. 6 частини третьої ст. 108 КАС України позовна заява повертається позивачеві, якщо справа не підсудна цьому адміністративному суду.

Згідно із п. 2, 3 ч. 1 ст. 22 КАС України суд передає адміністративну справу на розгляд іншого адміністративного суду, якщо: відкрито провадження у справі, яка предметно підсудна іншому суду; після відкриття провадження у справі з'ясувалося, що справа територіально підсудна іншому суду.

Загальний аналіз правил визначення предметної підсудності адміністративних справ вказує на складність їх оцінки позивачем під час визначення судової установи, яка повинна розглянути відповідну адміністративну справу. На наш погляд, таке становище є неприпустимим, оскільки порушує принцип доступності до судового захисту. Слід відзначити, що правильне визначення підсудності адміністративної справи лежить не тільки на плечах позивача, але є завданням адміністративного суду, оскільки згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України [1] органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Неправильне визначення підсудності справи та її розгляд буде свідчити про вихід суду за межі своїх повноважень щодо розгляду адміністративної справи, яка не підсудна цьому суду, а також про неефективний судовий захист, який призводить до скасування судового рішення в такій справі. Таким чином, неправильне визначення підсудності справи та повернення її з цих підстав позивачеві розцінюватиметься як недопуск до судочинства.

### Література

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996 р. — № 30.
2. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36.
3. Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. // Офіційний вісник України. — 2010. — № 55/1. — Ст. 1900.
4. Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд.: І. В. Коліушко, Р. О. Куйбіда — К. : Факт, 2003. — 146 с.
5. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. — К. : Юрид. думка, 2007. — 992 с.
6. Гражданский процесс : учебник / под ред. М. К. Треушникова. — М. : Новый Юрист, 1998. — 512 с.
7. Михеєнко М. М. Кримінальний процес України : підручник / М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. М. Шибіко. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Либідь, 1999. — 536 с.
8. Осадчий А. Ю. Інститут підсудності в адміністративному судочинстві // Актуальні проблеми держави і права. — 2007. — Вип. 43. — С. 90–94.
9. Панченко О. Проблеми питання підсудності адміністративних справ // Вісник Вищого адміністративного суду України. — 2008. — № 4. — С. 9–20.
10. Руденко А. В. Адміністративне судочинство: становлення та здійснення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / А. В. Руденко. — Х., 2005. — 19 с.
11. Руденко Т. Е. Уголовный процесс : учеб. пособие / Т. Е. Руденко. — М. : НОРМА, 2005. — 287 с.
12. Смокович М. І. Визначення належності окремих справ до справ адміністративної юрисдикції // Вісник Вищого адміністративного суду України. — 2008. — № 4.
13. Стефанюк В. С. Судовий адміністративний процес : монографія / В. С. Стефанюк. — Х. : Консум, 2003. — 464 с.
14. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. — М. : Изд. Акад. наук СССР, 1958. — 704 с.
15. Цивільний процес : навч. посіб. / А. В. Андрушко, Ю. В. Білоусов, Р. О. Стефанчук [та ін.] ; за ред. Ю. В. Білоусова. — К. : Прецедент, 2005. — 172 с.
16. Штефан М. Й. Цивільний процес : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / М. Й. Штефан. — Вид. 2-ге, переробл. та допов. — К. : Ін Юре, 2001. — 696 с.

### Анотація

**Кивалов С. В.** *Щодо проблеми визначення предметної підсудності в адміністративному судочинстві.* — Стаття.

Нормативне регулювання правил предметної підсудності в адміністративному судочинстві спрямоване на розмежування компетенції щодо розгляду і вирішення адміністративних справ адміністративними судами першої інстанції. Стаття присвячена аналізу категорії «предметна підсудність», значенню правил предметної підсудності в адміністративному судочинстві та визначенню прогалини правового регулювання правил предметної підсудності в КАС України.

**Ключові слова:** адміністративне судочинство, компетенція адміністративних судів, підсудність, предметна підсудність адміністративних справ.

### Аннотация

**Кивалов С. В.** *К проблеме определения предметной подсудности в административном судопроизводстве.* — Статья.

Нормативное регулирование правил предметной подсудности в административном судопроизводстве направлено на разграничение компетенции по рассмотрению и разрешению административных дел административными судами первой инстанции. Статья посвящена анализу категории «предметная подсудность», значения правил предметной подсудности в административном судопроизводстве и определению проблем правового регулирования правил предметной подсудности в КАС Украины.

**Ключевые слова:** административное судопроизводство, компетенция административных судов, подсудность, предметная подсудность административных дел.

### Summary

*Kivalov S. V. On the Problems of Determination of Subject-matter Jurisdiction in Administrative Court Procedure. — Article.*

The normative regulation of the rules of subject-matter jurisdiction in the administrative court procedure is aimed at the differentiation of the competence concerning trial and disposal of administrative cases by administrative courts of the first instance. The article analyses the category of subject-matter jurisdiction, the meaning of the rules of subject-matter jurisdiction in administrative court procedure and the detection of gaps in the legal regulation of the rules of subject-matter jurisdiction in the Code of Administrative Procedure of Ukraine.

*Keywords:* administrative court procedure, competence of administrative courts, jurisdiction, subject-matter jurisdiction of administrative cases.

УДК 340:572.02

**В. В. Завальнюк**

### ПРИНЦИПИ АНТРОПОЛОГІЧНОЇ ПАРАДИГМИ ПРАВА

Оцінюючи стан вітчизняної юридичної науки в цілому та загальнотеоретичної юриспруденції зокрема, слід відзначити кризу парадигми юридичного позитивізму, коріння якого сягають ще радянських часів. Редукція права виключно до його нормативного змісту та джерел права призвела до неспроможності виявити нові явища у праві, оцінити його ефективність, визначити нові шляхи розвитку позитивного права тощо. Очевидною є не тільки необхідність, але й ознаки наукової революції або зміни парадигми права. Поняття наукової парадигми, уведене Томасом Куном, сьогодні означає систему категорій та методологічних інструментів певної галузі знань, відповідно до яких організується дослідницька практика науковим співтовариством у певний історичний період. Парадигма — одне з ключових понять сучасної філософії науки, що означає, по-перше, сукупність переконань, цінностей, методів і технічних засобів, що забезпечує існування наукової традиції, по-друге, наявність наукового співтовариства, яке сповідує певну парадигму.

Зміна парадигм є науковою революцією, тобто повною або частковою зміною теоретико-методологічних основ наукової діяльності. В межах юридичної науки аналогом парадигми, як переконливо доводить В. В. Лапаєва, є тип праворозуміння, тобто теоретико-методологічний підхід до формування образу права, здійснюваний в рамках певної методології аналізу з позицій того чи іншого теоретичного бачення проблеми [1].

Типологія праворозуміння сучасної юридичної наукової спільноти є дискусійним питанням. В. С. Нерсисянц та його школа виокремлюють три основних типи розуміння права: легістський (позитивістський), природно-правовий (юснатуралістичний) і лібертарно-юридичний [2]. О. В. Мартишин розрізняє чотири типи праворозуміння: юридичний позитивізм (нормативізм), соціологічний позитивізм, теорії природного права та філософське розуміння права.

Крім цих класичних типів, О. В. Мартишин визначає ще один, похідний від них, — інтегративний, заснований на комбінації принципів, що лежать в основі перших чотирьох типів [3].

І. Л. Честнов розглядає три критерії класифікації праворозуміння, виходячи із трьох типів раціональності, що формують критерії науковості: філософський, соціологічний і культурно-історичний [4].

А. В. Поляків пропонує розрізняти практичний і теоретичний типи праворозуміння. Практичний тип праворозуміння відбивається в суспільній правовій свідомості у вигляді найбільш загальних ознак, що характеризують ставлення суспільства до права. Кожна цивілізація має свій тип праворозуміння. Можна виділити й більш загальні групи, наприклад праворозуміння Сходу та Заходу. Теоретичне праворозуміння, на думку А. В. Полякова, оформлене концептуально, а ціннісні мотиви в ньому ідеологізовані й найчастіше завуальовані. Виходячи із цього критерію, А. В. Поляків розглядає три, на його думку, основних теоретичних типи праворозуміння: природно-правовий, етатистський та соціологічний [5, 37].

Очевидним з наведених типологій є накручування на «тверде ядро» наукової категорії розуміння права (якщо використовувати термінологію Імре Лакатоса) ідеологем, які мало що дають для прирощення знання у сфері юриспруденції. По суті, йдеться про те, наскільки розгалуженими можуть бути позитивізм та неопозитивістські типи праворозуміння. Між тим за межами дискусій залишається питання про мету права та носія права — людину. В цьому сенсі постає питання про необхідність суттєвого корегування існуючих підходів до розуміння права, про зміну парадигми права.

На нашу думку, таким новим типом праворозуміння може стати антропологічна парадигма права. Вона шукає витoki права (тобто матеріальні джерела права) у людині як біосоціальної істоті (у генетиці, соматичній, психічній, гендерних та вікових особливостях людей).

З філософсько-світоглядних позицій антропологічна парадигма права за ставленням до основного питання філософії є матеріалістичною, а за типом методології — позитивістською, оскільки ґрунтує своє бачення права на емпіричних даних, хоча й не обмежується емпіричним рівнем аналізу.

Антропологічне праворозуміння розвивається в руслі тісно взаємопов'язаних підходів — психологічного, феноменологічного, екзистенціального, герменевтичного тощо, прихильники яких трактують право як психічні переживання імперативно-атрибутивного характеру, як продукт індивідуальної інтуїції, що формується в конкретній життєвій ситуації, як порядок соціального спілкування, як засіб забезпечення вільної екзистенції тощо.

Питання про принципи у правовій науці (а юридична антропологія є її складовою частиною) розглядається в багатьох ракурсах. Традиційно виокремлюють принципи права та його складових, законодавства, правової системи, державного устрою тощо. Науковці, прагнучи окреслити певні загальні підстави досліджуваного предмета, називають ті чи інші принципи, часом невинновдано змішуючи їх, як правильно зауважує А. Ф. Черданцев, з властивостями або

ознаками того чи іншого соціального явища [6, 52]. Проте принцип, швидше за все, категорія не онтологічного, а епістемологічного характеру. Виходячи з цього слід висувати на перший план принципи пізнання, які за своєю суттю виступають певними правилами дослідження об'єктів науки [7, 42].

Тому питання про гносеологічні засади антропологічної парадигми права — це питання про вихідні засади, головні ідеї, які лежать в основі пізнавальної діяльності і використовуються вченими з метою достовірної та повної рефлексії людського виміру права. Питання про вихідні методологічні засади юридичної антропології не можна назвати новим для загальнотеоретичної юриспруденції. Так, цієї проблематики торкався у своєму дисертаційному дослідженні російський дослідник О. О. Пучков [8, 130–148], який виокремлює такі принципи юридичної антропології:

- 1) принцип зв'язку біологічного і соціального;
- 2) принцип інтерпретації людини як біосоціальної істоти і правового універсуму;
- 3) принцип соціального характеру матеріально-тілесного життя;
- 4) принцип єдності духовного і матеріального у розвитку суспільних відносин;
- 5) принцип зв'язку індивідуального і соціального;
- 6) принцип стратифікації, тобто диференціації населення на різні мовні, релігійні, етнічні, расові чи ідеологічні спільноти, інституціоналізації процесу їх соціальної взаємодії, що відбувається на рівні еліт цих спільнот.

На нашу думку, у запропонованій О. О. Пучковим системі принципів юридичної антропології є наявним змішування матеріалістичного та ідеалістичного методологічних підходів, намагання поєднати позитивістську та непозитивістську методологію. Інакше кажучи, він пропонує еклектичне розуміння принципів, що само по собі унеможливує існування цілісної парадигми. Хоча не можна не визнати необхідність співвіднесення антропологічної парадигми з новітніми науково-методологічними засобами, зокрема, аксіологією та дотичним до неї екзистенційним підходом.

На нашу думку, з урахуванням спільного та відмінного у правовій аксіології та правовій антропології антропологічна парадигма права включатиме:

— принцип антропоцентризму — визнання людини, а не норми, правового припису, суспільства або держави центром правової реальності, навколо потреб та системи комунікацій якої обертається світ правових явищ. Вираження та задоволення розумних потреб людини мають виступати основним критерієм оцінки ефективності дії права та діяльності держави. В цьому плані особливу значущість для юридичної антропології має розроблений П. М. Рабіновичем та його науковою школою потребовий підхід.

Буття людини в праві полягає в тому, що окрім традиційних суб'єктивних прав, юридичних обов'язків та законних інтересів, якими наділені суб'єкти права і які конкретизуються в індивідуальних правових актах, людина з її почуттями, волею, свідомістю індивідуалізує себе в праві шляхом оцінки та легітимації правових норм, державної влади, правового порядку. У зв'язку

з цим, буття людини у праві є більш яскравим, різноманітним, багатим, ніж суто правові відносини та акти правової поведінки, які людині «пропонує» нормоцентристський підхід до права;

— принцип натуралізму — увага до проявів у праві біологічної природи людини, а не тільки розгляд людини як соціальної істоти, що було властиво попереднім пануючим парадигмам права. Відзначимо, що такі яскраво виражені антропні терміни, як «людина», як і «чоловік», «жінка», «дитина», практично не фігурують (за винятком конституційного права та права прав людини) в жодному з національних правопорядків. Натомість використовуються такі собі «правові етикетки», як «особа», «контрагент», «обвинувачений», «заявник» тощо, які покликані позначати не людину як таку, а ту соціальну роль, яку вона на цей момент відіграє в соціальному житті. Антропологічна парадигма права бачить людину носієм і основною метою права;

— принцип антропометризму — визнання прав, свобод та законних інтересів людини основним критерієм критичного осмислення позитивного права та правозастосовної практики. Антропологічний підхід у праві в цьому плані виступає як спеціальний різновид аксіологічного підходу, оскільки вимагає розглядати правові явища з позицій визнання основоположної цінності людини. Зазначимо, що на відміну від соціалістичної юриспруденції юридична антропологія робить акцент на цінності людини, а не особистості. М. С. Малєїн декларував: «Закон існує для особистості, але не вона для закону», оскільки «повага до особистості виражається у визнанні її єдиною цінністю первинного порядку, щодо якої визначаються всі інші вторинні цінності, включаючи право» [9, 4]. В цьому ж ключі О. А. Лукашева стверджувала особистісну цінність права в його гуманістичній орієнтації, здатності забезпечувати інтереси і цілі особистості, її творчий розвиток і соціальну активність [10, 45]. Справа у тому, що такими властивостями, як творчий розвиток та соціальна активність, володіє не кожна людина, а тільки її соціальна сутність — особистість. Антропологічний же підхід ґрунтується на визнанні цінності усякого людського життя, кожної людини, не пов'язуючи жорстко цінність людини з її соціальним буттям. Звідси увага юридичної антропології до тілесної природи людини — людини з її плоттю та кров'ю, а не тільки суб'єкта соціальних зв'язків та соціальних відносин. Звідси — формування сьогодні доктринального обґрунтування інституту соматичних прав людини (О. Е. Старовойтова, М. О. Лаврик).

Тісний зв'язок між методологією юридичної антропології та юридичної аксіології не означає їх повної тотожності: антропологічний підхід володіє й відмінними від аксіологічних методологічних засобів властивостями. У широкому сенсі до антропологічного аналізу ми відносимо усі прийоми дослідження правової реальності, правової науки і правових текстів, пов'язаних з використанням як критерію інтересів, цінностей і прав людини та її буття.

Юридіко-антропологічна концепція прав людини дозволяє подолати суперечності між цінностями різних цивілізацій, зокрема, подолати негативні сторони європоцентристського, точніше трансатлантичного (сукупності західно-європейського та північноамериканського) розуміння прав людини. Як указує

В. М. Капіцин, у ній міститься найбільш аргументована критика позатериторіального та позанаціонального трактування прав людини в західноорієнтованих ліберальних і либертарних теоріях прав людини [11, 64]. Визнання розмаїття концепцій прав людини, яке виробляється юридичною антропологією (наприклад, визнання специфіки ісламської концепції прав людини, африканської хартії прав людини, арабської хартії прав людини), дозволяє дійти висновку про універсальну цінність прав людини зі специфічним змістом цієї цінності у різних цивілізаціях та правових культурах;

— принцип антропоморфізму виявлення у праві та правових явищах людських (антропних) характеристик. Як приклад, ми можемо навести антропоморфні характеристики держави та державної влади, що червоною ниткою проходять крізь усю історію розвитку права. Антропологія влади виступає як концепція, що, по-перше, охоплює сукупність уявлень про існування людини у світі влади, по-друге, про сприйняття влади підвладними. Ця концепція, як уявляється, може стати у пригоді дослідникам держави та державної влади. Принаймні антропологія влади здатна хитнути нібито незаперечну істину про виключно соціальну природу державної влади і протистояти поширенню уявлень про державу як суто бюрократичний та/або правовий механізм.

Влада, в тому числі державна, породжується також природою людини, її інстинктами, потребами, почуттями, інтересами. У свою чергу, уже в самій владі як феномені, породженому функціонуванням живих мислячих істот мимоволі проявляються властивості та риси людини, що надають державній владі антропоморфний характер. Державна влада з позицій юридичної антропології постає не як пасивний інструмент, що служить інтересам суспільства в цілому, або класу, або соціальної групи тощо, а як активно діючий суб'єкт, що переслідує власні інтереси [12]. Дослідженню антропологічних закономірностей державної влади і присвячена ця стаття.

Як уявляється, своєрідній антропологічній науковій експертизі може бути піддана не тільки уся традиційна предметна сфера та інфраструктура державознавства: походження і сутність держави, її форми, функції, державний механізм тощо, але й нові аспекти теорії держави, а саме — співвідношення особистості та держави, образ держави у суспільній та індивідуальній свідомості тощо.

Антропологічне (а подекуди, органіцистське) розуміння онтології державної влади є одним з найдавніших концептів в історії політичної та правової думки. Конфуцій розглядав державу як велику сім'ю, тобто бачив у державі людську істоту у системі споріднених зв'язків. Згідно з соціальною схемою Конфуція, правитель — «син неба» (знов-таки антропна характеристика державця) — лише на декілька сходинок підносився над главою сім'ї [13, 86].

Ототожнення державної влади (і навіть держави) і людини властиве було не тільки давньосхідним та античним авторам, не тільки диктаторам та абсолютним монархам, але й мислителям-раціоналістам, які започаткували модерне державознавство. Так, на обкладинці найбільш відомого твору Томаса Гоббса «Левіафан», присвяченого теорії держави, держава була зображена у вигляді

велетня, який складається з маленьких людей. Антропологічним забарвленням просякнуті договірні та конституційні акти модерних держав. Так, угода «батьків-пілігримів» з «Мейфлауера» (1620 р.) проголошувала, що вони об'єднуються у громадянський політичний організм, тобто надають своєму колективі колоністів рис живої істоти.

Таким чином, формування та конкретизація зазначених принципів юридичної антропології сприяє не лише її розвитку як особливої філософсько-правової та загальнотеоретичної юридичної концепції, але й дозволяє наповнити антропологічним змістом усю правову сферу та доповнити наукові її виміри міфологічними, образними тощо. Специфічність розглянутих нами принципів полягає у можливості їх експлікації також на рівні прикладної юриспруденції.

### Література

1. Лапаева В. В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С. 5–15.
2. Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права: монография / Н. В. Варламова. — Б.м.: б.и., 2010. — 138 с.
3. Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. — 2003. № 6. С. 13–21.
4. Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2.
5. Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций / А. В. Поляков. — СПб., 2004. — С. 37.
6. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике / А. Ф. Черданцев. — Екатеринбург: Наука, 1993. — 192 с.
7. Цофнас А. Ю. 50 терминов по методологии познания. Краткий словарь-справочник с методическими рекомендациями / А. Ю. Цофнас. — О.: Астропринт, 2007. — 242 с.
8. Пучков О. А. Юридическая антропология и развитие науки о государстве и праве. Теоретические основы: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Пучков Олег Александрович. — Екатеринбург, 2001. — 502 с.
9. Маленин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР / Н. С. Маленин. — М.: Юрид. лит., 1981. — 216 с.
10. Лукашова Е. А. Социалистическое право и личность / Е. А. Лукашова. — М.: Наука, 1987. — 262 с.
11. Каницын В. М. Начала современной юридико-антропологической концепции прав человека // Право и государство. 2006. № 8. С. 63–70.
12. Ясан Э. Государство / Эптопи де Ясан; пер. с англ. Г. Покатовича под ред. Ю. Кузнецова. — М.: ИРИСЭП, 2008. — 410 с. — (Серия «Политическая наука»).
13. Переломов Л. С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая / Л. С. Переломов. — М.: Наука, 1981. — 333 с.

### Анотація

**Завальнюк В. В.** Принципи антропологічної парадигми права. Стаття.

У статті здійснено спробу виокремити специфічні принципи пізнання правової та державної реальності в контексті їх антропологічного бачення. Доведено, що виведення принципів пізнання в площині певної парадигми є однією з необхідних умов самостійності цієї парадигми. Для Антропологічної парадигми права такими принципами виступають: принцип антропоцентризму, принцип натуралізму, принцип антропометризму, принцип антропоморфізму. За допомогою цих принципів здійснюється осмислення права та держави в рамках юридичної антропології.

**Ключові слова:** принципи пізнання, юридична антропологія, антропологічна парадигма, антропоцентризм, натуралізм, антропометризм, антропоморфізм.

### Анотація

*Завальнюк В. В.* Принципи антропологической парадигмы права. — Статья.

В статье предпринята попытка выделить специфические принципы познания правовой и государственной реальности в контексте их антропологического прочтения. Доказано, что вывод принципов познания в плоскости определенной парадигмы является одним из необходимых условий самостоятельности этой парадигмы. Для антропологической парадигмы права такими принципами выступают: принцип антропоцентризма, принцип натурализма, принцип антропометризма, принцип антропоморфизма. С помощью этих принципов осуществляется постижение права и государства в рамках юридической антропологии.

*Ключевые слова:* принципы познания, юридическая антропология, антропологическая парадигма, антропоцентризм, натурализм, антропометризм, антропоморфизм.

### Summary

*Zavalniuk V. V.* Principles of Anthropological Paradigm of Law. — Article.

The article makes an attempt to isolate specific principles of knowledge of legal and the state reality in the context of its anthropological vision. It is proved that the withdrawal of the principles of knowledge in the plane of a paradigm is one of the necessary conditions of autonomy of such paradigm. For anthropological paradigm of law are the following principles: the principle of anthropocentrism, the principle of naturalism, principle of anthropometrism, the principle of anthropomorphism.

*Keywords:* principles of knowledge, juridical anthropology, anthropological paradigm, anthropocentrism, naturalism, anthropometrism, anthropomorphism.

УДК 342.925:347.927

*Ю. Л. Шеренін*

### КАСАЦІЯ ЯК ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ДОДАТКОВИХ ГАРАНТІЙ ЗАКОННОСТІ У СУДОВОМУ АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Серед гарантій реалізації права на судовий захист передбачено додаткові гарантії законності, які здійснюються у формі касаційного оскарження, провадження у Верховному Суді України, провадження за нововиявленими обставинами. Вищий адміністративний суд України в інформаційних листах, постановках Пленуму узагальнює судову практику з найбільш складних питань правового регулювання вирішення публічно-правових спорів, внаслідок яких адміністративні суди або неоднаково застосовують норми права, або виникають проблеми порушення нормативно визначених процедур судового розгляду, що, в кінцевому випадку, призводить до судових помилок та порушень права на справедливий суд та судовий захист порушених прав, свобод, законних інтересів. Можна назвати Інформаційні листи ВАС України від 24 листопада 2011 р. № 2198/11/13-11 «Щодо застосування штрафних санкцій за порушення податкового законодавства, вчинені до 1 січня 2011 року», «Щодо об'єднання в одне провадження позовних вимог кількох осіб, поєднаних родинними зв'язками, згідно із Законом України "Про біженців та осіб, які потребують додаткового

або тимчасового захисту» від 24 листопада 2011 р. № 2197/11/13-11, «Щодо визначення належного доказу надіслання суб'єктом владних повноважень відповідачу і третім особам копії позовної заяви та доданих до неї документів» від 16 листопада 2011 р. № 2091/11/13-11 та інші.

Правові позиції Вищого адміністративного суду України, безумовно, мають значення для вдосконалення правозахисної діяльності адміністративних судів, однак не виключають потреби теоретико-правового аналізу проблеми змісту окремих додаткових гарантій законності у судовому адміністративному процесі, зокрема — касаційного оскарження.

Слід зазначити, що науковий доробок вчених у напрямку встановлення сутності і змісту касаційного оскарження, структури касаційного провадження вкрай обмежений. Здебільшого доктринальні положення можемо зустріти у публікаціях навчально-методичного характеру — підручниках, навчальних посібниках, а у роботах монографічного характеру виділена проблема аналізується, як правило, у межах ширшої за змістом проблеми розвитку адміністративно-процесуальних відносин. Допільно назвати роботи В. Б. Авер'янова [1], Е. Ф. Демського [2], В. Г. Перепелюка [3], А. О. Селіванова [4, 371], В. С. Стефанюка [5], О. П. Рябченко [6] та інших дослідників.

Мета статті полягає у визначенні сутності та особливостей касаційного провадження у судовому адміністративному процесі як процесуальної форми реалізації додаткових гарантій законності.

Статтею 211 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) [7] врегульовано право на касаційне оскарження. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та обов'язки, мають право оскаржити в касаційному порядку судові рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також судові рішення суду апеляційної інстанції повністю або частково, крім випадків, передбачених КАС України. Ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали суду апеляційної інстанції можуть бути оскаржені в касаційному порядку, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі. Заперечення проти інших ухвал можуть бути включені до касаційної скарги на судові рішення, ухвалені за наслідками апеляційного провадження. Підставами касаційного оскарження є порушення судом норм матеріального чи процесуального права.

Розглянувши касаційну скаргу, суд касаційної інстанції постановляє ухвалу в разі: 1) залишення касаційної скарги без задоволення, а судових рішень — без змін; 2) скасування судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій з направленням справи для продовження розгляду або на новий розгляд; 3) зміни ухвали суду першої або апеляційної інстанції; 4) скасування судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій і залишення позовної заяви без розгляду або закриття провадження; 5) визнання судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій такими, що втратили законну силу, і закриття провадження; 6) скасування судових рішень і постановлення нової ухвали. Суд ка-

саційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги може своєю постановою змінити постанову суду першої або апеляційної інстанції або прийняти нову постанову, якими суд касаційної інстанції задовольняє або не задовольняє позовні вимоги. З усіх процесуальних питань суд касаційної інстанції постановляє ухвали. Судові рішення суду касаційної інстанції ухвалюються, проголошуються, видаються або надсилаються особам, які беруть участь у справі, в порядку, встановленому ст. ст. 160 і 167 КАС України (ст. 230).

Для з'ясування сутності і значення касаційного оскарження використані напрацювання вчених у галузі цивільного процесу, але із врахуванням специфіки відносин у сфері судової адміністративної юрисдикції, визначеної предметом судового розгляду — публічно-правовими спорами.

В Енциклопедії цивільного права України надано наступне визначення касаційного провадження. Таким є порядок перегляду судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій на їх відповідність вимогам чинного законодавства і матеріалам справи, який застосовується після перегляду рішень в апеляційному суді [8, 421].

У Великому енциклопедичному юридичному словнику, підготовленому за редакцією академіка НАН України Ю. С. Шемшученка, надано доктринальне тлумачення термінів «касація» і «оскарження касаційне в цивільному судочинстві». Касацією (пізньолат. *Cassatio* — підміна, скасування) є одна з форм оскарження вироків, рішень, постанов і ухвал суду першої та апеляційної інстанцій, що набрали законної сили [9, 349]. Оскарження касаційне у цивільному судочинстві — процесуальна гарантія забезпечення законності рішень, ухвал суду першої та апеляційної інстанцій, а також захисту прав, свобод і охоронюваних законом інтересів юридичних осіб і держави. Об'єктом касаційного оскарження є рішення і ухвали суду першої інстанції, які були оскаржені в апеляційному порядку, а також рішення і ухвали, постановлені судом апеляційної інстанції [9, 582].

Виходячи з наведених вище визначень, можна зробити висновок про надання доктринального тлумачення сутності термінів «касація», «оскарження касаційне у цивільному судочинстві» суто з позицій приписів чинного цивільного процесуального законодавства. Проте цінним у наведених визначеннях є розкриття змісту терміна «оскарження касаційне у цивільному судочинстві» як процесуальної гарантії забезпечення законності судових рішень, а також виконання правозахисної функції судом касаційної інстанції.

Перегляд судових рішень у касаційному порядку є фактично засобом здійснення судового нагляду судом касаційної інстанції, яким, відповідно ст. 210 КАС України, є Вищий адміністративний суд України. Звернення до офіційного сайту Вищого адміністративного суду України свідчить, що тільки на 13 грудня 2011 року у Третій судовій палаті ВАС України було призначено до розгляду 58 справ, які стосувались публічно-правових спорів у сфері публічної служби, призначення пенсій. За наслідками узагальнення судової практики ВАС України приймає Листи, які направляє до відома суддів місцевих та апеляційних адміністративних судів для врахування їх при здійсненні правосуддя. Слід

зазначити, що тільки протягом листопада 2011 року було прийнято 6 Інформаційних листів, а за період з початку 2011 року було прийнято 37 таких листів. Найбільшу кількість Інформаційних листів було підготовлено з проблем застосування податкового законодавства — 7, питань соціальних виплат — 5. При цьому ВАС України звертав увагу саме на неоднакове застосування судами нижчих інстанцій приписів норм матеріального і процесуального права.

Глава 2 розділу IV КАС України має назву «Касаційне провадження», що підкреслює складний характер процесуальних відносин, що виникають при перегляді судових рішень у касаційному порядку. Зазначене дозволяє вказати на врахування законодавцем наявності певних стадій касаційного провадження.

Як зазначає М. О. Сорока у підручнику «Адміністративне судочинство України» (2009 р.), касаційне провадження в адміністративному судочинстві — це перегляд судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій у межах встановлених законом повноважень судом касаційної інстанції після перегляду їх у порядку апеляційного провадження за касаційними скаргами сторін та інших осіб, які брали участь у справі, а також осіб, які не брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та обов'язки [1, 237].

У визначенні поняття касаційного провадження, наданого М. О. Сорокою, відтворено суто нормативне, процесуальне призначення касаційного провадження в адміністративному судочинстві, а поза уваги залишилось питання призначення цього провадження у системі процесуальних гарантій захисту прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб у публічно-правових відносинах.

У Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненко Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ч. 2 ст. 383 Кримінально-процесуального кодексу України від 11 грудня 2007 р. № 11-рп/2007 було вказано правову позицію єдиного органу конституційної юрисдикції щодо сутності реалізації права на оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанцій. Конституційний Суд України визнав, що можливість (право) оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанцій є складовою права особи на судовий захист. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина (абз. 3 підп. 3.1 п. 3 мотивувальної частини Рішення від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007) [10]. На цю правову позицію Конституційний Суд України посилається у мотивувальній частині Рішення у справі за конституційним зверненням військової частини А 1080 щодо офіційного тлумачення положення п. 28 ч. 1 ст. 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями п. 2, 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України [11].

Слід виділити Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касацій-

не оскарження», які містяться у ст. ст. 125, 129 Конституції України від 11 березня 2010 р. № 8-рп/2010 [12] як таке, що принципово вплинуло на вдосконалення системи загальних судів, процедур судового захисту шляхом скасування повторної касації у Верховному Суді України. У мотивувальній частині Рішення Конституційний Суд України посилається на ряд Рішень Європейського Суду з прав людини. Так, вказано, що одним з фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який передбачає повагу до принципу *res judicata* — принципу остаточності рішень суду. У справі «Сокурєнко і Стригун проти України» Європейський суд з прав людини зазначив, що «стаття 6 Конвенції не зобов'язує держав — учасників Конвенції створювати апеляційні чи касаційні суди. Однак там, де такі суди існують, необхідно дотримуватись гарантій, визначених у статті 6» (п. 22 мотивувальної частини Рішення від 20 липня 2006 року). Касаційна інстанція реалізує свої процесуальні права в межах касаційного провадження виключно для перевірки правильності юридичної оцінки обставин справи у рішеннях судів першої та апеляційної інстанцій. Як касаційна інстанція Верховний Суд України повторно після вищих судів перевіряє рішення судів, що не може бути виправдано з точки зору забезпечення права на справедливий розгляд справи упродовж розумного строку. Крім того, наявність двох касаційних інстанцій для перевірки рішень спеціалізованих судів не відповідає засадам правової визначеності.

Цінним у наведеній правовій позиції Конституційного Суду України є не тільки обґрунтування неконституційності подвійної касації, а й формулювання ролі касаційного оскарження у системі захисту прав, свобод, законних інтересів. Вказане стосується положення про те, що касаційне провадження здійснюється виключно з метою перевірки правильності юридичної оцінки обставин справи у рішеннях судів першої та апеляційної інстанцій. Це означає, що у процесі касаційного провадження перевіряється законність рішень судів першої та апеляційної інстанцій, а не їх обґрунтованість.

Звернення до норм КАС України надає можливість виділити ще одну особливість касаційного оскарження — відсутність обмеження щодо доповнення касаційної скарги. Так, відповідно ч. 1 ст. 218 КАС України, особа, яка подала касаційну скаргу, має право доповнити чи змінити її протягом строку на касаційне оскарження, обґрунтувавши необхідність таких змін чи доповнень.

Отже, касаційне провадження у судовому адміністративному процесі — процесуальна гарантія законності рішень і ухвал адміністративного суду першої та апеляційної інстанцій та захисту прав, свобод фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у публічно-правових відносинах. У процесі здійснення касаційного провадження перевіряється правильність юридичної оцінки обставин справи у рішеннях судів першої та апеляційної інстанцій. Це означає, що під час касаційного провадження визначається законність судових рішень вказаних судів. Особливість правового регулювання адміністративних процесуальних відносин у сфері касаційного провадження є те, що суд касаційної інстанції — ВАС України: а) перевіряє законність прийнятих судами першої та апеляційної інстанцій; б) не вирішує знову справу адміністративної юрис-

дикції, як це здійснюється у процесі апеляційного оскарження; в) не зв'язаний межами касаційної скарги, оскільки встановлено правило, за яким особа, яка подала касаційну скаргу, має право доповнити чи змінити її протягом строки на касаційне оскарження, при цьому такі зміни мають бути обґрунтованими; г) здійснює касаційне провадження у процесуальній формі, визначеній законом.

### Література

1. Адміністративне судочинство України : підручник / О. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О. Н. Панченко, В. Б. Авер'янов [та ін.] ; за заг. ред. О. М. Пасенюка. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 672 с.
2. Демський Е. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. / Е. Ф. Демський. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 496 с.
3. Перепелюк В. Г. Адміністративний процес. Загальна частина : навч. посіб. / В. Г. Перепелюк. — Чернівці : Рута, 2003. — 367 с.
4. Правова система України: історія, стан та перспективи. У 5 т. Т. 2. Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення / за заг. ред. Ю. П. Битяка. — Х. : Право, 2008. — 576 с.
5. Стефанюк В. С. Судовий адміністративний процес : монографія / В. С. Стефанюк. — Х. : Консум, 2003. — 464 с.
6. Адміністративне судочинство : навч. посіб. / О. П. Рябенко, С. Ф. Денисюк [та ін.] ; за заг. ред. О. П. Рябенко. — Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2010. — 232 с.
7. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 лип. 2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36, 37. — Ст. 446.
8. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2009. — 952 с.
9. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. — К. : Юрид. думка, 2007. — 992 с.
10. У справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненка Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України : рішення Конституційного Суду України від 11 груд. 2007 р. № 11-рп/2007// Офіційний вісник України. — 2008. — № 29. — С. 34. — Ст. 927.
11. У справі за конституційним зверненням військової частини А 1080 щодо офіційного тлумачення положення пункту 28 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої статті 129 Конституції України : рішення Конституційного Суду України від 2 листоп. 2011 р. № 13-рп/2011// Офіційний вісник України. — 2011. — № 88. — С. 95. — Ст. 3209.
12. У справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України : рішення Конституційного Суду України від 11 берез. 2010 р. № 8-рп/2010// Офіційний вісник України. — 2010. — № 21. — С. 31. — Ст. 882.

### Анотація

**Шеренін Ю. Л.** Касація як процесуальна форма реалізації додаткових гарантій законності у судовому адміністративному процесі. — Стаття.

Стаття присвячена обґрунтуванню наукового підходу щодо встановлення сутності касації у судовому адміністративному процесі. Доведено, що касаційне провадження виступає як процесуальна гарантія законності рішень і ухвал адміністративного суду першої та апеляційної інстанцій та захисту прав, свобод фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у публічно-правових відносинах. Визначені особливості касаційного провадження.

**Ключові слова:** касаційне провадження, адміністративне судочинство, законність, процесуальна форма.

### Аннотация

*Шеренин Ю. Л.* Кассация как процессуальная форма реализации дополнительных гарантий законности в судебном административном процессе. — Статья.

Статья посвящена обоснованию научного подхода к определению содержания кассации в судебном административном процессе. Доказано, что кассационное производство выступает процессуальной гарантией законности решений и определений административного суда первой и апелляционной инстанций и защиты прав, свобод физических лиц, прав и интересов юридических лиц в публично-правовых отношениях. Определены особенности кассационного производства.

*Ключевые слова:* кассационное производство, административное судопроизводство, законность, процессуальная форма.

### Summary

*Sherenin Y. L.* Cassation as procedural form of realization of legality additional guarantees in court administrative procedure. — Article.

The article is devoted to grounding of science approach to defining of content's cassation in administrative legal procedure. There proved that cassation procedure is procedural guarantee of administrative courts' of first and second instance decisions' legality and defense of persons' rights and liberties and legal persons' interests in public-law relationships. The features of cassation procedure are established.

*Keywords:* cassation procedure, administrative legal procedure, legality, procedural form.

УДК 340.132:340.113

*О. В. Капліна*

### ПРОБЛЕМИ ЄДНОСТІ ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО НАУКОВОГО ІНСТРУМЕНТАРІЮ ПРИ ОЗНАЧЕННІ СПОСОБІВ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА

Здійснюючи тлумачення норм права, правозастосовник має у своєму арсеналі вироблені юридичною наукою і практикою спеціальні способи. Відзначаючи певний ступінь наукової розробленості окремих аспектів, пов'язаних із способами тлумачення норм права, разом з тим слід констатувати, що до цього часу в науці не склалося єдиної термінології для позначення відповідних понять, пов'язаних зі способами тлумачення норм права. Використовувані науковцями деякі поняття наповнюються різним змістом, що веде до підміни понять, відсутності уніфікованих підходів до їх розуміння, спричиняє помилки у тлумаченні чи застосуванні норм права, породжує проблеми у навчальному процесі. Саме тому метою статті є аналіз термінології, що склалася в юридичній літературі для позначення способів тлумачення норм права; розгляд семантики лексем, що використовуються вченими, та розробка наукових рекомендацій щодо їх належного уніфікованого застосування.

Аналіз термінології, що склалася й використовується в сучасній науці, слід, на нашу думку, почати з робіт відомих дореволюційних учених Є. В. Васильовського, М. А. Гредескула, М. М. Коркунова, Й. В. Михайловського, М. С. Та-

ганцева, Є. М. Трубецького, Г. Ф. Шершеневича. Розмірковуючи про тлумачення норм права, вони оперували такими термінами, як «вид» тлумачення, «рід», «стадія», «засіб», «аналіз», «процес», «правило», «прийом», «вивчення». Причому часом в одних випадках указані терміни вживалися як синоніми, в інших — ці поняття розмежовувалися. Наприклад, під «видом» тлумачення розумілася сукупність різних прийомів, що дозволяють розглянути норму права під певною точкою зору (з позиції граматики, логіки, у контексті всього законодавства). У свою чергу, під прийомом тлумачення розумілася одна певна операція по тлумаченню норми.

Є. В. Васьковський, зокрема, визначав тлумачення (інтерпретацію) як «сукупність прийомів, що застосовуються до творів людського духу з метою зрозуміти їх». Увесь процес тлумачення «згідно з тими засобами, які ведуть до пізнання смислу норм», розпадається, на думку автора, на дві основні «стадії», які є одночасно і видами тлумачення — словесним і реальним (логічним) [1, 91–92]. М. М. Коркунов писав, що кожне письмове джерело містить у собі людську думку, що виражається словом. Для розуміння написаного необхідно ознайомитися з певними «правилами» тлумачення — логічним і граматичним. Разом з тим далі в своїй роботі автор пропонує розмежування тлумачення за суб'єктами — на легальне й доктринальне і за «прийомами» — на систематичне, історичне, логічне і граматичне [2, 416–420].

Класифікацію «засобів тлумачення» права знаходимо в М. С. Таганцева. На його думку, роз'яснення закону можливе «або на підставі самого ж закону, або на підставі даних, що лежать поза законом». Тлумачення закону на підставі самого закону — це граматичне і логічне тлумачення. Граматичне тлумачення полягає у зверненні до «конструкції фраз, так би мовити, до етимологічного й синтаксичного розбору тексту», у «роз'ясненні значення і смислу слів та виразів, що вживаються в тексті закону». Логічне ж тлумачення автор поділяє на два підвиди — одне полягає в «зіставленні роз'яснюваного положення з іншими або з їх зовнішнім, формальним боком» (систематичне тлумачення), друге — логічне тлумачення «з боку внутрішнього — тлумачення логічне в тісному смислі» [3, 90–92].

Тлумачення закону на підставі даних, що лежать поза законом, становить, на думку автора, абсолютно інший «рід тлумачення». До нього належить тлумачення на основі даних з минулого (історичне тлумачення), а також тлумачення, що здійснюють, керуючись «міркуваннями, узятими, так би мовити, з майбутнього, з тих практичних наслідків, які з необхідністю впливають із надання закону нового смислу» [3, 91]. Останній «рід» тлумачення не має ніякого найменування і не отримав у подальших роботах учених логічного обґрунтування. Кожен вид (засіб) тлумачення, як уважає автор, має свої відповідні прийоми.

У своєму підручнику Г. Ф. Шершеневич також розрізняв граматичне, логічне, історичне й систематичне тлумачення. Проте, на відміну від М. С. Таганцева, який розглядав систематичне тлумачення як прийом логічного, Г. Ф. Шершеневич уважав їх самостійними видами тлумачення [4, 51].

Децю іншої позиції дотримувався Є. М. Трубецькой. Він відстоював точку зору, що існують тільки граматичний, систематичний, логічний і історичний прийоми тлумачення. Критикуючи енциклопедистів, він підкреслював, що граматичне тлумачення не може бути нелогічним: воно повинно узгоджуватися із законами логіки; так само й логічне тлумачення можливе лише при встановленні граматичного смислу кожного зазначення. Тому не може бути й мови про два прийоми, що використовуються при тлумаченні. «Деякі учені розрізняють два інших види тлумачення: систематичне та історичне. Але й щодо цих останніх неважко переконатися, що це знову ж таки не більше, як різні прийоми тлумачення, різні боки одного й того ж тлумачення, яке не слід протиставляти одне одному як окремі й самостійні його види» [5, 518–519].

У своїх роботах Й. В. Михайловський і М. А. Гредескул [6, 155], як і Є. М. Трубецькой, дотримувалися думки про наявність не видів, а прийомів тлумачення. Крім того, Й. В. Михайловський поряд з логічним, систематичним, історичним виділяє також юридичний і телеологічний прийоми [7, 529–531].

На підставі аналізу наведених точок зору можна зробити висновок, що до революційними вченими накопичений багатий досвід у галузі наукової розробки понять, пов'язаних із процесом тлумачення норм права, обґрунтовані власні погляди на проблеми, що вивчаються. Цими дослідженнями закладено загальнотеоретичні основи. Наслідуючи їх, розвиваючи і пропускаючи крізь призму сучасних потреб науки і правозастосовної практики, учені повинні виробити струнку і єдину теорію тлумачення норм права.

Сучасною юридичною наукою прийнято лише кілька термінів на позначення тих засобів, за допомогою яких здійснюється з'ясування смислу норми права: «вид», «прийом», «метод», «спосіб» і «правила». Причому слід зазначити, що у роботах науковців і досі відсутня єдність поглядів на смислове навантаження цих понять. У науковій літературі ця інваріантність пояснюється не лише недостатньою теоретичною розробкою проблем тлумачення, але й тим, що «в різних мовах значення цих термінів неоднакове» [8, 65]. Зокрема, в одних роботах ідеться про прийоми тлумачення [9, 569; 10, 414]. Л. В. Соцуро зауважує, що всі відомі науці способи тлумачення норм права набувають статусу прийомів [11, 37]. В. М. Сиріх використовує термін «метод тлумачення», позначаючи ним те саме, що інші автори розуміють під «прийомом» або «способом» [12, 392; 13, 289; див. також: 14, 102; 15, 13]. Деякі науковці поділяють засоби тлумачення на способи, за якими стоять певні прийоми і правила [16, 45; 17, 493; 18, 8–9]. Немає єдиного підходу і до використання такого поняття, як «вид тлумачення». Одні дослідники вживають його як синонім прийому або способу тлумачення. Інші використовують для класифікації тлумачення норм права залежно від певного класифікаційного критерію (за суб'єктом, за юридичною силою, за обсягом тощо), виділяючи, у свою чергу, в кожній класифікаційній групі свої підвиди. І нарешті, більшість авторів використовує ці терміни як синоніми [19, 51; 20, 56; 21; 22, 80]. Наприклад, В. І. Наумов, визначаючи *прийоми* тлумачення, пише, що «це *методи* підходу до досліджен-

ня правової норми для з'ясування її змісту, *способи*, за допомогою яких думка інтерпретатора заглиблюється в зміст правової норми» [23, с. 9] (курсив мій. — О. К.).

Такий плюралізм думок не відповідає запитам сучасної юридичної практики, призводить до відсутності уніфікації в юридичній монографічній і навчальній літературі, змішування понять, а також породжує серйозні проблеми в навчальному процесі.

На нашу думку, з усіх названих термінів при характеристиці засобів тлумачення норм права найбільш прийнятним є термін «спосіб», оскільки він є узагальнювальним. У зв'язку з цим можна навести таку аргументацію. Слова «метод» і «спосіб» розглядаються лінгвістами як синоніми [24, 206, 478; 25, 206, 478]. У той же час лексемою «метод» позначають поняття більш широке й об'ємне, ніж «спосіб». На нашу думку, така синонімія виникла через те, що давньогрецьке слово «метод» у філософській літературі означає шлях для досягнення якої-небудь практичної або теоретичної мети; шлях дослідження або пізнання; теорія, ціле вчення, сукупність операцій практичного й теоретичного освоєння дійсності [26, 36–39; 27, 4; 28, 5; 29, 27–28; 30, 358]. У зв'язку з цим і спосіб пізнання юридичного тексту, на думку окремих авторів, можна іменувати методом. Проте використання цих термінів як синонімів навряд чи є доцільним і аргументованим. Поняття «метод» уживається в сучасній науці в трьох значеннях — загальнометодологічному (як засіб пізнання), загальнодидактичному і власне методичному (або приватнометодичному). Сучасна наука має свою систему методів, таких же різноманітних, як і сама наука. Науковцями розроблено різні класифікації методів. Основні з них можуть бути представлені таким чином: поділ за ступенем загальності (загальнонаукові і спеціальні), за рівнями наукового пізнання (емпіричні і теоретичні), за етапами дослідження (спостереження, узагальнення, доведення) та ін. [31, 232]. Різноманіття методів приводить до того, що в науковій літературі з'являються пропозиції щодо вироблення єдиної теорії наукового методу, яка давала б повний і системний опис усіх наявних і можливих методів. «Методи утворюються в ході рефлексії над об'єктивною (наочною) теорією в деякій метатеоретичній сфері всередині певних парадигмічних орієнтацій і закріплюються в принципах, нормах і методиках дослідження, реалізуються через навички, уміння... конкретних дослідників і забезпечуються відповідними інструментальними засобами» [32, 628].

Теорія права, у межах якої розвивається теорія тлумачення норм права, також використовує систему методів — філософських (діалектико-матеріалістичний, інтуїтивістський, аксіологічний), загальнонаукових (аналіз і синтез, формалізація, індукція і дедукція, системний, історичний матеріалізм, функціональний, герменевтичний) і приватнонаукових (статистичний, структурного аналізу, кібернетичний, формально-логічний, порівняльний, історичний, анкетування, тестування, опитування, спостереження, експеримент). Причому правотлумачна практика звертається майже до всього методологічного арсеналу загальної теорії права.

Усе сказане дозволяє сформулювати висновок, що таке запозичення загальнонаукової термінології в теорії тлумачення не сприятиме індивідуалізації тих способів, які використовуються для з'ясування смислу норми права, що тлумачиться.

Автори, які використовують термін «вид» для позначення способів тлумачення, надають йому невластивого значення, використовуючи найімовірніше цей термін у значенні «різновид», «тип», науковці не враховують того, що «вид» трактується також як «підрозділ у систематиці, що входить до складу вищого розділу — роду» [33, 92; 34, 82]. Тому слід підтримати точку зору тих авторів, які під видами тлумачення мають на увазі відповідну класифікацію і систематизацію залежно від певного класифікаційного критерію — за суб'єктами (офіційне і неофіційне), за обсягом (буквальне, поширювальне, обмежувальне) тощо. Слід також зазначити, що оскільки сукупність способів тлумачення складається в єдину систему, то в певному значенні цю систему можна назвати видом, якщо класифікувати тлумачення залежно від способів. Проте така система більш складна й громіздка, ніж пропоноване просте й уніфіковане найменування «спосіб тлумачення».

Досить активно в теорії тлумачення використовуються терміни «прийом» і «правила». Оскільки терміном «прийом» позначається «окрема дія» [33, 933; 34, 590], його використання, як на нашу думку, значно звужує сутність тих операцій, які необхідно здійснити для досягнення певного результату при тлумаченні норми права. Спосіб тлумачення утворює цілу сукупність окремих прийомів, спрямованих на з'ясування смислу норми. Правило тлумачення — це конкретний припис, положення, що містить рекомендації, використання яких сприятиме правильному з'ясуванню смислу норми права. Кожен спосіб тлумачення складається із сукупності правил.

Підсумовуючи результати проведеного дослідження, можна зробити висновки. Спосіб тлумачення норм права — це сукупність відносно відособлених прийомів і правил, за допомогою яких суб'єкт, що тлумачить норму права, розкриває смисл норми права з метою правильного та однакового її розуміння і застосування. Способами тлумачення є лексико-граматичний, логічний, системний, історичний, телеологічний, функціональний.

Спосіб тлумачення визначається, з одного боку, характером неясності, що виникла в нормі права, а з другого — характером тих знань, які застосовує суб'єкт тлумачення для усунення цієї неясності в нормі права. Кожен спосіб тлумачення має свої правила, які дозволяють використовувати для з'ясування смислу тлумаченої норми права певну галузь знань: лінгвістику, логіку, історію, юриспруденцію, філософію та інші. Саме характер знань, які використовує суб'єкт тлумачення, є критерієм обґрунтування та виділення конкретних способів тлумачення.

Прийом тлумачення — окрема дія, спрямована на з'ясування смислу слів, термінів, понять, словосполучень, речень, які становлять норму права, а також смислу норми права в цілому.

Прийоми тлумачення норм права обираються самим правозастосовником

залежно від його внутрішнього переконання. Оскільки тлумачення — це процес пізнання, то при здійсненні тлумачення доцільно застосовувати прийоми пізнання. До них, зокрема, можна віднести порівняння, структурування, аналіз, синтез, абстрагування, узагальнення, дедукцію, індукцію, аргументацію, ілюстрацію, моделювання тощо.

Порівняння — це встановлення відмінності і схожості норми права і її окремих складових; структурування — визначення внутрішнього устрою норми права; аналіз — уявне розкладання норми права на частини, що її становлять; синтез — уявне з'єднання в єдине ціле розділених при аналізі елементів; абстрагування — виділення елементу норми права (гіпотези, диспозиції, санкції, поняття, словосполучення, одного речення з декількох, які становлять норму) та тлумачення його окремо від інших складових; узагальнення — процес уявного переходу від одиничного до загального, від менш загального до більш загального; індукція — процес виведення з ряду окремих (менш загальних) загального положення; дедукція — процес міркування, що йде від загального до окремого; аргументація — наведення доводів, доказів на підтвердження своєї точки зору; ілюстрація — наведення пояснювальних прикладів; моделювання — складання схеми норми права, що тлумачиться, для полегшення з'ясування її смислу.

Правила тлумачення норм права — це сформульовані з використанням положень певних галузей знань рекомендації, використовуючи які в сукупності або окремо правозастосовник може з'ясувати смисл тлумаченої норми права.

Як приклад можна навести наступні найбільш важливі правила лексикограматичного тлумачення, які можна використовувати в правотлумачній діяльності:

1. Словам і словосполученням у нормативно-правовому акті необхідно надавати те значення, яке вони мають у літературній мові. Причому лексичному значенню слова необхідно віддавати перевагу перед етимологічним, якщо виникають сумніви в справжньому значенні слова.

2. Якщо слово або словосполучення має семантику, визначену в нормативно-правовому акті, орган або посадова особа не можуть тлумачити його інакше, ніж так, як його сформулював законодавець.

3. Юридичні терміни слід розуміти в тому значенні, яке їм надається в нормі права.

4. Якщо в законодавчому акті не визначено тим чи іншим способом значення юридичних термінів, їм слід надавати те значення, в якому вони вживаються в актах тлумачення, в юридичній науці та практиці.

5. Якщо семантика юридичного терміна не визначена в нормативно-правовому акті або юридичній науці, термін слід тлумачити за допомогою відповідних способів тлумачення.

6. Наукові правові поняття відіграють допоміжну роль у правозастосуванні. Якщо визначення поняття, подане в науці права і в нормі права, не збігаються, то юридично обов'язковим для правозастосовника є визначення поняття, що подане в нормі права.

7. У межах однієї галузі права одні й ті ж терміни повинні розумітися однаково, їм не можна надавати різні значення.

8. Значення, установлене для терміна однієї галузі права, не можна автоматично, без достатньої підстави переносити на інші галузі права.

9. Одні й ті ж терміни, використовувані матеріальним і співвідносним із ним процесуальним правом, повинні уживатися в тому значенні, яке надається їм у відповідній матеріальній або процесуальній галузі права.

10. Якщо в статтях нормативного правового акта для формулювання одного правила поведінки використовуються різні терміни, це означає, що законодавець надає їм різного значення.

11. Якщо законодавець не виявив іншого наміру, то слова і словосполучення стосуються як чоловічого, так і жіночого роду.

12. Колізії, що виникають у зв'язку з відсутністю уніфікації визначень одних і тих же юридичних понять в актах різної юридичної сили, вирішуються на основі колізійних норм або колізійних правоположень.

13. Оцінні поняття неможливо охопити єдиним законодавчим визначенням, тому вони мають варіативний зміст, що виокремлює правозастосовник.

14. Багатозначне за своєю природою слово вимагає галузевої конкретизації, уточнення, прив'язки до контексту норми права, нормативно-правового акта.

15. Лексична багатозначність (синонімія, омонімія) вирішується за допомогою контекстного аналізу.

16. Терміни неюридичних наук, не визначені в нормативному правовому акті, мають те значення, яке їм надається у відповідних галузях знань.

17. При тлумаченні міжнародно-правових документів, використанні термінології, що міститься в них, іншомовних слів за основу необхідно брати офіційний переклад, здійснений на основі законодавства України. У разі його відсутності — інший найбільш авторитетний переклад.

18. Логіка тлумачення норми права зумовлюється мовною формою її побудови.

19. Тлумачення речень, що становлять основу норми права, необхідно здійснювати за допомогою способів тлумачення, що розробляються юридичною наукою і спираються на лексичні, граматичні, синтаксичні правила мови.

20. При тлумаченні норми права жодне зі слів, що міститься в тексті нормативного правового акта, жоден із ужитих у ньому розділових знаків не можуть сприйматися як зайві.

21. Словам і словосполученням нормативного правового акта необхідно надавати той смисл, в якому вони вживаються законодавцем на момент його видання.

### Література

1. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. — 508 с.
2. Коркунов П. М. Лекции по общей теории права / П. М. Коркунов. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 430 с.

3. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая: лекции. В 2 т. Т. 1 / Н. С. Таганцев ; сост. и отв. ред. Н. И. Загородников. — М. : Наука, 1994. — 380 с.
4. Шершневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершневич. — 9-е изд. — М. : Изд-во Бр. Банмаковых, 1912. — 951 с.
5. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права // Теория государства и права: хрестоматия : в 2 т. / авт.-сост. М. Н. Марченко. — М., 2004. — Т. 2 : Право. — С. 518–522.
6. Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права : социально-юридическое исследование / Н. А. Гредескул. — Х. : Тип. А. Дарре, 1900. — 248 с.
7. Михайловский И. В. Очерк философии права // Теория государства и права: хрестоматия : в 2 т. / авт.-сост. М. Н. Марченко. — М., 2004. — Т. 2 : Право. — С. 522–539.
8. Лукашук И. И. Толкование норм международного права / И. И. Лукашук, О. И. Лукашук. М. : NOTA BENE, 2002. — 160 с.
9. Головистикова А. Н. Проблемы теории государства и права : учебник / А. Н. Головистикова, Ю. А. Дмитриев. — М. : ЭКСМО, 2005. — 832 с.
10. Теория государства и права : учеб. для вузов / под ред. М. М. Рассолова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2004. — 735 с.
11. Соцуро Л. В. Толкование договора судом / Л. В. Соцуро. — М. : ТК Велби : Проспект, 2008. — 216 с.
12. Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав / В. М. Сырых. — 2-е изд. — М. : Юстицинформ, 2004. — 528 с.
13. Сырых В. М. Теория государства и права : учебник / В. М. Сырых. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юстицинформ, 2004. — 704 с.
14. Степанков В. Г. Правовая позиция: общетеоретические и прикладные аспекты : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Валентин Георгиевич Степанков. — Н. Новгород, 2003. — 186 с.
15. Трагнюк О. Я. Тлумачення міжнародних договорів: теорія і досвід європейських міжнародних судових органів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Олеся Янівні Трагнюк. — Х., 2003. — 180 с.
16. Кожешников С. Н. Реализация права, юридическое толкование, законность : учеб.-метод. пособие / С. Н. Кожешников. — Н. Новгород : Интелсервис, 2002. — 100 с.
17. Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ЮристЪ, 2006. — 637 с.
18. Юдін З. М. Тлумачення договору : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Зореслав Михайлович Юдін. — О., 2004. — 20 с.
19. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты / А. Н. Верещагин. — М. : Междунар. отношения, 2004. — 344 с.
20. Михайлова О. Р. Толкование некоторых норм налогового законодательства как стадия его применения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Ольга Ратомовна Михайлова. — М., 2002. — 199 с.
21. Элькинц П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права / П. С. Элькинц. — М. : Юрид. лит., 1967. — 192 с.
22. Якупов Р. Х. Уголовный процесс : учеб. для вузов / Р. Х. Якупов ; науч. ред. В. Н. Галузо. — 4-е изд., испр. и доп. — М. : ТЕИС, 2004. — 607 с.
23. Наумов В. И. Толкование норм права / В. И. Наумов. — М. : Моск. профсоюз. представительство, 1998. — 76 с.
24. Словарь синонимов русского языка / под ред. Л. А. Чешко. — 4-е изд. — М. : Рус. яз., 1975. — 600 с.
25. Александрова З. Е. Словарь синонимов русского языка: практ. справ. : ок. 11 000 синоним. рядов / З. Е. Александрова. — М. : Рус. яз.-Медиа, 2003. — 568 с.
26. Ивин А. А. Современная философия науки / А. А. Ивин. — М. : Высш. шк., 2005. — 592 с.
27. Рузавин Г. И. Методология научного познания / Г. И. Рузавин. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2005. — 288 с.
28. Сырых В. М. Метод правовой науки: основные элементы, структура / В. М. Сырых. — М. : Юрид. лит., 1980. — 176 с.
29. Философия науки / под ред. С. А. Лебедева. — М. : Академ. проект, 2006. — 736 с.
30. Философский энциклопедический словарь / редкол.: С. С. Аверинцев, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичев [и др.]. — 2-е изд. — М. : Сов. энцикл., 1989. — 814 с.
31. Микешина Л. А. Философия науки: Современная эпистемология. Научное знание в динамике

- культуры. Методология научного исследования / Л. А. Микешина. М. : Прогресс-традиция : МПСИ : Флинта, 2005. 464 с.
32. Повейший философский словарь. — 3-е изд., непр. — Минск : Кн. дом, 2003. — 1280 с.
33. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К. ; Ірпінь : Перун, 2004. — 1440 с.
34. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеол. выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. М. : ИТИ Технологии, 2003. 944 с.

### Анотація

**Капліна О. В.** Проблеми єдності термінологічного наукового інструментарію при означенні способів тлумачення норм права. — Стаття.

У статті проаналізована термінологія, що використовується в юридичній літературі для позначення способів тлумачення норм права, розглянута семантика лексем, що застосовуються вченими. Зроблено висновок, що плюралізм думок, який відмічено в науковій літературі, не відповідає запитам сучасної юридичної практики, призводить до відсутності уніфікації в юридичній монографічній і навчальній літературі, змішування понять, а також породжує серйозні проблеми в навчальному процесі. Розроблені наукові рекомендації щодо вирішення проблем, які підіймаються.

**Ключові слова:** способи, прийоми, засоби, правила тлумачення норм права.

### Аннотация

**Каплина О. В.** Проблемы единства терминологического научного инструментария при определении способов толкования норм права. — Статья.

В статье проанализирована терминология, используемая в юридической литературе для обозначения способов толкования норм права, рассмотрена семантика лексем, применяемых учеными. Сделан вывод, что плюрализм мыслей, отмеченных в научной литературе, не отвечает запросам современной юридической практики, приводит к отсутствию унификации в юридической монографической и учебной литературе, смешению понятий, а также порождает серьезные проблемы в учебном процессе. Разработаны научные рекомендации по разрешению поднимаемых проблем.

**Ключевые слова:** способы, приемы, средства, правила толкования норм права.

### Summary

**Kaplina O. V.** Problems unities of terminology scientific tool at definition of methods of interpretation of norms of the law. Article.

The article considers the terminology which is used in legal literature for denotation of methods of interpretation of norms of law is analyzed in the article, semantics of lexemes, applied scientists is considered. A conclusion is done, that pluralism of ideas of scientists does not answer the queries of modern legal practice, results in absence of standardization in literature, generates serious problems in an educational process. Scientific recommendations are developed on permission of the lifted problems.

**Keywords:** methods, receptions, facilities, governed interpretation of norms of law.

## ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНУ В УКРАЇНСЬКОМУ ПРАВІ

Ідеал верховенства права став нині одним з найпопулярніших у всьому світі, він є найважливішою складовою міжнародно-правових актів, особливо присвячених правам і свободам людини та громадянина. Все частіше верховенство права як принцип фіксується у національних конституціях і законах, ним активно оперують міжнародні й національні суди.

Не залишилася осторонь цієї підтримки ідеалу верховенства права й Україна. Без нього не обходиться жодна програма численних політичних партій, він широко використовується у законодавчій практиці, в наукових працях вітчизняних правознавців, політологів, філософів, соціологів, представників інших галузей гуманітарного знання [1, 6].

Але, на жаль, приділяючи увагу розробкам різноманітних питань, так чи інакше пов'язаних з принципом верховенства права, вітчизняні науковці майже обходять стороною принцип верховенства закону, або зовсім заперечують його існування [2].

Необхідність дослідження цієї проблеми і стала темою для даної статті.

Теоретичну базу даного дослідження склали роботи вчених в галузі права: Д. Волка, С. Головатого, К. Губарева, С. Кундельської, М. Козюбри, В. Лазарева, Лукіса Г. Лукаїдеса, К. Маєвської, Ю. Оборотова, М. Оніщука, О. Петришина, С. Погребняка, В. Протасова, П. Рабіновича, О. Скакун, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та ін.

Одна з найважливіших проблем існування правової реальності виражена в її вихідних началах, ідеях, що керують, іншими словами — її принципах. При цьому в юриспруденції відокремлюють принципи, що становлять утримання наукової й професійної правосвідомості, практичного досвіду різних правових культур. Ці принципи часто іменуються правовими принципами, серед яких можна виділити принцип верховенства права та принцип верховенства закону.

Принцип верховенства права є категорією не тільки національних, а й міжнародних правових систем. Він був і є предметом багатьох наукових досліджень. В Україні ці дослідження набули більшого розвитку після проголошення незалежності й особливо після прийняття чинної Конституції.

Але проблема залишається актуальною, тому що, на думку Ю. С. Шемшученка, «істотною вадою у дослідженні сутності верховенства права є відірваність цього поняття від реалій життя, надання йому значення самотійної абстрактної й містифікованої ідеї» [3, 6].

На цьому ґрунті виникає протиставлення принципів «верховенство права» і «верховенство закону», гіпертрофується значення першої з них і звучать навіть рекомендації відмовитися від вживання як у теорії, так і на практиці категорії «верховенство закону» [3, 6].

Принцип верховенства права (йому відповідає сформульований у Франції принцип *pre-eminence de droit*) був установлений у своїй первісній формі як принцип, спрямований переважно на огороження особистості від довільного здійснення державою своєї влади. Згідно із цим принципом жодне державне повноваження не може бути реалізоване без відповідного рішучого приписання права [4].

Відстоюючи визначальну роль верховенства права в ієрархії правових цінностей України, не можна не помітити, що Конституційний Суд України, на відміну від Європейського суду з прав людини, діє в межах логіки верховенства закону. Прикладом може бути визначення поняття верховенства права за допомогою встановлення формалізованих меж поширення верховенства права в Україні [5, 5].

Водночас Європейський суд з прав людини принципово відходить від надання формулювання дефініції верховенства права, наполягаючи на визнанні його ситуативності. Саме це положення висвітлено П. М. Рабіновичем [6], що констатує верховенство закону, а не верховенство права як основи діяльності Конституційного Суду України [5, 9].

На наш погляд, принцип верховенства права є більш абстрактним, ніж принцип верховенства закону. У структурі права немає ієрархічного підпорядкування його норм. Вони реалізуються не інакше, як будучі «імплементованими» у закони та інші нормативно-правові акти, які є формою вираження і життя права.

Принцип верховенства закону має більш конкретизований характер. По-значимо ті ознаки закону, що визначили зміст поняття «верховенство закону». Традиційно до складу ознак, які визначають чітке положення закону в системі нормативно-правових актів, включають такі:

- Закон приймається в особливому, встановленому заздалегідь процедурному порядку. Найважливіші елементи процедури прийняття закону визначені Конституцією як обов'язкові умови.
- Закон регулює найбільш типові і стійкі, ключові суспільні відносини, їх відправні начала. Тому закон являє собою основний правовий інструмент вирішення найважливіших завдань держави.
- Визначаючи чітке положення закону серед нормативно-правових актів, як правило, відзначали його вищу юридичну силу. Вища юридична сила закону виражається, по-перше, в тому, що він має пріоритет у всій системі правових актів, якими керуються виконавці, тобто закон незаперечний. Ніхто, крім законодавчого органу влади, не може скасувати або змінити закон, і навпаки, видання нового закону спричиняє, як правило, скасування або зміну актів нижчого рівня. По-друге, вища юридична сила закону виявляється в тому, що акти всіх інших органів обов'язково повинні відповідати закону, а у разі суперечності між ними і законом пріоритет належить закону. Іншими словами, акти всіх інших органів носять підзаконний характер.
- Цей принцип виражається в обов'язку всіх державних органів, громадських організацій, посадових осіб і громадян додержуватися Конституції і законів держави. Складовою частиною конституційного принципу верховенства

закону є верховенство Конституції серед джерел права і здійснення конституційного нагляду (контролю).

- У контексті концепції відмінності права від закону у радянській юридичній літературі було висунуто положення, відповідно до якого таке поняття як верховенство, властиве не кожному і не будь-якому закону, а лише тому, що відповідає правовій природі суспільних відносин.

- Принцип верховенства закону відображає верховенство представницьких органів влади, їх повноваддя [7, 3–5].

Як відомо, верховенство закону передбачає визнання ключової ролі закону, прийнятого народом чи парламентом, якому народ делегував своє повноваддя. Зміст принципу верховенства закону означає вищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів та інших джерел права (правових звичаїв, правових договорів, правових прецедентів тощо), а також важливість для системи правотворчої та правозастосовної діяльності.

З огляду на те, що закони, як акти позитивного права, мають свою юридичну ієрархію, принцип верховенства закону з утвердженням конституціоналізму наприкінці XVIII — початку XIX століття отримав вираження в принципі верховенства конституції. Але, зазначене не спростовує актуальності принципу верховенства закону для сучасних держав, який сприяє забезпеченню в них конституційного режиму правопорядку. Так, до прикладу, ч. 1 ст. 19 Конституції України визначає, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Хоча зміст наведеного конституційного положення, по суті, об'єднує в собі обидва принципи — і верховенства закону, і верховенства Конституції, позаяк Конституція є складовим елементом системи чинного законодавства України [8].

Верховенство закону стає необхідним тому, що закон приймається представницьким органом держави, сформованим безпосередньо населенням у ході прямих і загальних виборів. Верховенство закону прямо не зафіксоване в Конституції у вигляді спеціальної норми або принципу. Це зроблено у інший спосіб, що, однак, не позбавляє підстав твердити про існування відповідного конституційного принципу (принципу Конституції). Його сутність полягає у найвищій юридичній силі Конституції як Основного Закону і в тому, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на засадах Конституції України і повинні відповідати їй [9].

По-перше, закони України поєднані в ряді статей Конституції як найважливіші національні засоби регулювання певних відносин (усього таких статей сім). Саме Конституція України і закони України виділені як об'єкти офіційного тлумачення, здійснюваного єдиним органом конституційної юрисдикції.

По-друге, хоча в Конституції України не вживається термін «підзаконні акти», закони в її тексті іноді прямо виокремлюються від масиву цих актів (три статті та пункт розділу XV).

По-третє, в тексті Конституції України є багато загальних і конкретно адресованих відсилань до законів («відповідно до закону», «в порядку, встановле-

ному законом», «встановлюється законом», «визначається законом України» тощо).

На користь трактування верховенства закону як важливого конституційного принципу свідчить базовий рівень законів у системі правових актів. На підтвердження такого їх рівня можна навести положення ч. 3 ст. 106 Конституції: «Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України». Як зазначалось в літературі, «сама по собі форма вказує на важливість норми». Закони призначені слугувати підґрунтям правопорядку. Це не зачіпає найвищу юридичну силу Конституції, а, навпаки, у багатьох випадках забезпечує її реальне застосування. При цьому слід враховувати, що не всі норми законів регулюють важливі суспільні відносини. Відповідна характеристика вживана до законів в цілому як форми права.

Закони є вторинними актами щодо Конституції. З іншого боку, вони є первинними щодо підзаконних актів. Кожен первинний акт містить положення, котрі ефективно діють тільки у сполученні з певними положеннями вторинного акта, що їх конкретизує. У свою чергу, дієвість вторинного акта багато в чому залежить від змістовних якостей первинного. Тому скасування чи кардинальні зміни первинного акта (за звичайних умов збереження формальної чинності вторинних актів) тягнуть серйозні проблеми у сфері правового регулювання суспільних відносин.

Як принцип українського права, верховенство закону в цілому узгоджується з іншими, тісно сполученими між собою і по суті однозмістовими принципами правової держави і верховенства права. Адже кожен з них не заперечує наявності в системі права ієрархії «підконституційних» нормативно-правових актів, очолюваної законом.

Саме за принципом верховенства закону формується ієрархічна система правових актів. Жоден суд не приймає рішення, посилаючись на право як таке. У всіх випадках він керується конкретною статтею Конституції України, статтями відповідного закону, кодексу чи іншого нормативно-правового акта. При їх колізії суд застосовує акт, який має вищу юридичну силу.

Принцип верховенства права, запозичений Конституцією України 1996 р. з арсеналу європейської правової традиції, де він є, на думку відомого дослідника цієї тематики Б. Таманаги, «виключним і легітимуючим політичним ідеалом» [10, 112], який поступово поширюється на увесь сьогодинішній світ, покликаний якісно змінити як основоположні засади, так і практичну складову системи правового регулювання суспільних відносин у напрямі до загально-визнаних гуманітарних цінностей та критеріїв соціальної ефективності.

Як відзначив Ю. Тодика, розгляд принципу верховенства права поза принципом верховенства Конституції і законів — це шлях до беззаконня і всюдозволеності, а визнання тільки принципу верховенства закону поза системним розумінням принципу верховенства права — шлях до прийняття несправедливих, негуманних, недемократичних законів, інших нормативно-правових актів. Так що принцип верховенства закону зберігає своє значення і сьо-

годні, більш того, він розглядається як принцип основ конституційного ладу [11, 67–68].

Все це не означає протиставлення принципів верховенства права і верховенства закону один одному, адже вони є принципами правової держави. Більше того, саме через принцип верховенства закону здійснюється практична реалізація принципу верховенства права, оскільки у законі відображені об'єктивовані правила поведінки. Отже, питання полягає не у тому, щоб відмовитися від принципу верховенства закону, а у закріпленні цього принципу в Конституції України поряд з принципом верховенства права. Це сприятиме підвищенню ролі як права, так і закону в суспільному житті.

Без верховенства закону не може бути верховенства «вищого закону» (права). Ті, що визнають непозитивне природне право, що існує «до держави» і вимагає поваги до основних прав людини, обов'язково підтримують ідеал «верховенства закону».

Без верховенства закону не може бути демократії та й навіть істотних елементів демократії. У будь-якому, за винятком зовсім вже надзвичайно малого, політичному організмі не можна вирішувати кожну окрему суперечку більшістю голосів. Тільки тоді, коли більшість людей може встановити загальні правила, які будуть правильно застосовуватися поліцією та судами в кожному окремому випадку, з'являється надія на те, що народ може вдало урядувати. Як і у випадку вищого закону, верховенство закону необхідно для права народу, хоча знову ж таки його зовсім недостатньо, тому що недемократичні диктатори здатні нав'язати свою волю через конституцію та законодавчі акти.

Верховенство закону забезпечує приватну особисту та економічну свободи. Навіть недемократичний режим, який зневажає основні права людини, гарантує певну ступінь приватності і намагається дотримуватися своїх власних раніше встановлених норм, не змінюючи їх заднім числом.

Верховенство закону надає легітимності уряду і таким чином сприяє його стабільності. Такі цінності як права людини, демократія та особисті свободи є головною причиною того, що люди готові толерантно ставитися до того, що ними керують, і навіть виступати за це. Уряд, який зневажає верховенство права, підриває не тільки ці три групи цінностей, а й своє власне існування. Збереження держави є ще однією причиною необхідності дотримуватися верховенства закону, а не покладатися на розум політичних лідерів.

Таким чином, верховенство закону являє собою один із принципів правової держави, оскільки забезпечує підпорядкованість і внутрішнє непротиворіччя правових актів. Така підпорядкованість і несуперечність допомагає формуванню та дії верховенства права в Україні.

### *Література*

1. Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи // Право України. — 2010. — № 3. — С. 6–18.
2. Головатий С. «Верховенство права» у розумінні українських вчених // Українське право. — 2002. — № 1. — С. 8–27; Головатий С. «Верховенство закону» versus «верховенство права»: філологічна помилка, професійна недбалість чи науковий догматизм? // Вісник Академії пра-

- вових наук України. 2003. № 2. С. 96–113; Головатий С. Верховенство права: глухі кути вітчизняної юридичної доктрини // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2008. — Т. 77. — С. 31–36; Головатий С. Верховенство права, або ж Правовладдя: вкотре про доктринальні мавпівці вітчизняної науки // Право України. — 2010. — № 4. — С. 206–219.
3. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики : монографія. У 2 кн. Кн. 1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка ; відп. ред. Н. М. Оніщенко. 2008. 344 с.
  4. Лукіс Г. Лукаидес, судья Европейского Суда по правам человека. Принцип верховенства права и права человека [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.zonazakona.ru/showthread.php?t=3932>.
  5. Оборотов Ю. Верховенство права як шлях до правової гармонії України // Вісник Національної академії прокуратури України. 2008. №4. С. 5–11.
  6. Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Конституційного Суду України // Юридичний вісник України. — 2006. — № 4. — С. 8–9.
  7. Проблемы законодательства и развития правовых систем : учеб. пособие / под ред. Н. В. Сильченко. — Гродно, 1997. — 180 с.
  8. Оніщук М. Верховенство Конституції України як засадничий принцип правової держави [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://www.viche.info/journal/2190/>
  9. Конституція України [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main>
  10. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Б. Таманага ; пер. з англ. А. Іщенко. К., 2007. 208 с.
  11. Тодыка Ю. Н. Основы конституционного строя Украины : учеб. пособие / Ю. Н. Тодыка. Х., 1999. — 230 с.

### Анотація

**Красюк І. А.** Принцип верховенства закону в українському праві. — Стаття.

На сучасному етапі розвитку правової думки ідеал верховенства права став одним з популярних у всьому світі. При цьому принципу верховенства закону не приділяється майже ніякої уваги або його існування зовсім заперечується. Принцип верховенства закону передбачає визнання ключової ролі закону, прийнятого народом чи парламентом. Верховенство закону стає необхідним тому, що закон приймається представницьким органом держави, сформованим безпосередньо населенням. Верховенство закону забезпечує підпорядкованість і внутрішню непротиворіччя правових актів.

**Ключові слова:** українське право, верховенство закону, верховенство права, ієрархія правових актів, верховенство Конституції, правова держава.

### Аннотация

**Красюк И. А.** Принцип верховенства закона в украинском праве. — Статья.

На современном этапе развития правовой мысли идеал верховенства права стал одним из популярных во всем мире. При этом принципу верховенства закона не уделяется практически никакого внимания либо же его существование полностью отрицается. Принцип верховенства закона предусматривает признание ключевой роли закона, принятого народом или парламентом. Верховенство закона становится необходимым потому, что закон принимается представительским органом государства, сформированным непосредственно населением. Верховенство закона обеспечивает подчиненность и внутреннее непротиворечие правовых актов.

**Ключевые слова:** украинское право, верховенство закона, верховенство права, иерархия правовых актов, верховенство Конституции, правовое государство.

### Summary

**Krasyuk I. A.** Principle of the rule of law in ukrainian law. — Article.

At the present stage of development of legal thought ideal of the rule of law has become one of the most popular worldwide. In this case, the rule of law is not paid little attention to or else their existence is completely denied. The principle of the rule of law provides for the recognition of the crucial role of the law adopted by the people or parliament. Rule of law is necessary because the law

was adopted representative body of the state, formed directly by the population. Rule of law ensures the subordination of non-contradiction and internal regulations.

*Keywords:* Ukrainian law, Supremacy of law, Rule of law, Hierarchy of legal acts, Rule of Constitution, Legal state.

УДК 342.001.71

*А. Р. Крусян*

### ГЕНЕЗИС НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ ПАРАДИГМИ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Конституціоналізм належить до тих фундаментальних цінностей світової культури, які людство удосконалює протягом всієї його історії. Теоретичні витoki конституціоналізму закладено в юридико-правових, філософських, історичних, культурологічних поглядах мислителів минулого. Історично вони збагачуються, наповнюються новим змістом, перманентно розвиваючись, відбивають реалії сучасності.

У генезисі конституціоналізму як соціально-правового феномена можна виокремити три періоди (з відповідними етапами): становлення (передісторію), розвиток (історію) і системне формування. Основою запропонованої періодизації є хронологічний принцип, відповідний історичній логіці виникнення та розвитку конституційно-правових ідей, теорій та їх інституціонального оформлення.

Витoki конституціоналізму простежуються з античних часів. Період до появи перших буржуазних конституцій — це передісторія конституціоналізму. У рамках цього періоду можна виокремити етапи: античність; раннє середньовіччя (IV–X ст.); класичне середньовіччя (друга половина XI — кінець XV ст.); пізнє середньовіччя — ранній Новий час (XVI–XVII ст.). Розвиток конституціоналізму (початок власне історії) припадає на період Нового часу (XVII–XIX ст.). Системне формування конституціоналізму починається з Новітнього часу і триває в сучасності.

Конституціоналізм тісно пов'язаний з конституціями. Цей зв'язок виражено, насамперед, у тому, що нормативною основою конституціоналізму є конституція певної держави та її конституційне законодавство. Крім того, між цими феноменами простежується і термінологічний взаємозв'язок, оскільки конституціоналізм етимологічно походить від слова «*constitutio*» (конституція), тому аксіоматичним є те, що конституціоналізм є неможливим без конституції. При цьому конституція може бути писаною і неписаною, кодифікованою і некодифікованою. Головне, що конституціоналізм має спиратися на нормативну базу конституційного характеру, яку, як правило, представлено у більшості держав світу конституціями та конституційним законодавством. Витoki конституціоналізму виникають значно раніше, ніж з'являються перші конституції, як слушно зазначив М. П. Орзіх, конституціоналізм відноситься

до тих явищ, які «виникли значно раніше, ніж сформувалися уявлення про них» [1, 50]. Отже, «першопричиною» конституціоналізму можна вважати духовно-моральні постулати періоду античності та східних цивілізацій.

Так, у період античності виникає юриспруденція як система понять і категорій, яка дає змогу аналізувати та синтезувати уявлення про правила співжиття, засновані на принципі формальної рівності, рівної міри свободи, визнання і захисту індивідуальних інтересів. Формується римське право, затверджується раціоналістичний підхід до права. В. С. Нерсисянц, аналізуючи розвиток правової думки цього періоду, обґрунтовано вважає, що «первинні міфологічні уявлення (Гомер і Гесіод) повільно поступаються місцем філософському підходу («мудреці», Піфагор, Геракліт, Демокріт), що формується, раціоналістичним інтерпретаціям (софісти), логіко-понятійному аналізу (Сократ, Платон) і, нарешті, зачатковим формам емпірико-наукового (Арістотель) та історико-політичного (Полібій) дослідження держави і права» [2, 210].

Ідеї непорушності закону, справедливості і свободи, без яких важко уявити концепцію конституціоналізму, «оспівувалися» в архаїчний період (VII–VI ст. до н.е.) Гомером («Іліада» й «Одіссея»), Гесіодом («Труди і дні») та ін. [3, 103].

Одним із перших видів демократичного устрою держави й суспільства стала Афіньська демократія. Свого розквіту Афіньська держава набула при Периклі (бл. 495–429 рр. до н. е.). Його промову «Фукідід. Історія» можна розглядати як свого роду кредо найдавнішої європейської демократії. Аналіз цієї праці дає змогу виокремити такі основні аспекти цієї демократії: приналежність влади народу і наявність представницьких органів правління («і оскільки у нас містом управляє не жменька людей, а більшість народу, то наш державний лад називається народоправством (демократією)»); рівноправність — юридична рівність («у приватних правах усі користуються однаковими правами за законами»); заміщення державних посад не за становим принципом або майновим цензом, а на підставі особистих якостей і здібностей («на почесні державні посади висувують кожного згідно з його заслугами, оскільки він чимось відзначився не через приналежність до певного стану, але через особисту доблесть»); свобода («у нашій державі ми живемо вільно»); законність («у суспільному житті не порушуємо законів, головним чином через повагу до них, підкоряючись владі та законам») [3, 128].

Давньогрецька демократія загинула, проте форми прямої демократії, права людини і громадянина, система їх гарантій, механізм прямої законотворчості та інші досягнення афінської демократії увійшли до інтелектуального багажу теорії і практики конституціоналізму.

Особливий інтерес в аспекті генезису конституціоналізму становить римське право, яке було основною правовою системою у Середземномор'ї. Саме римські юристи сформулювали положення, які увійшли до скарбниці загальнолюдських цінностей: принцип природної рівності людей, гуманності у тлумаченні та застосуванні закону, принцип сприяння особистій свободі особи тощо. Розквіт римської юриспруденції припадає на «Золотий вік» Риму (I–III ст. н. е.). У цей період популярність правознавства була настільки високою, що її активно ви-

користували принцепси для зміцнення верховної влади. Римські юристи розглядали право (*jus*) як складне багатоаспектне явище, виокремлюючи природне (*jus naturale*) і позитивне (*lex*) право. Під позитивним правом розумілися закони, едикти магістрів, рішення сенату, конституції імператорів тощо. Природне право трактувалося як космічний закон і порядок у природі та суспільстві, завдяки якому люди мали змогу розрізняти належне й неналежне, злочинне й законне, як «те, чого природа навчила все живе», «що завжди є справедливим і добрим». Тому робився висновок про необхідність кореспондування *lex* з *jus naturale*, відповідно до якого позитивне право не мало суперечити основоположним принципам загального порядку і природної гармонії — справедливості (*aequitas*), гуманізму (*humanitas*), доброї совісті (*bonafides*) [4, 145–150]. Важливим, в контексті конституціоналізму, є те, що у період Стародавнього Риму інститут власності, становлення та розвиток якого є однією з передумов формування парадигми конституціоналізму, розглядався як найважливіший постулат суспільного і державного устрою. Так, Цицерон, обстоюючи інститут власності, посиляючись на стоїка Панетія, стверджував, що причиною утворення держави як «загального правопорядку» є охорона власності.

Передумови конституціоналізму періоду раннього середньовіччя простежуються у «Варварських правдах» («Салічна правда» Меровінгського королівства Франків [5, 32–40], «Аламаннська правда» [5, 41–45], «Баварська правда» [5, 45–48]) та Едиктах королів, в яких простежувалися паростки основних інститутів конституціоналізму і тих принципів, які надалі набули свого розвитку і закріплення у конституційно-правових документах періоду класичного та пізнього середньовіччя. Ці документи середньовіччя в аспекті конституціоналізму є цікавими передусім тим, що в них віддзеркалено саму ідею права, правового врегулювання основ державності, відображено правосвідомість середньовічних франків і германців, закріплено таку категорію конституціоналізму, як влада, яка має інструментальне значення щодо системи конституціоналізму.

Пам'ятки Візантійського законодавства IX–XI ст. свідчать про високу правову культуру Візантії. Що стосується державної влади, то в цей період встановлюється імператорська влада, запроваджуються загальнодержавні закони замість неписаних місцевих звичаїв. Закон стає засобом посилення авторитарної влади візантійських імператорів. «І оскільки Він (Бог. — А. К.) вручив нам імператорську владу, ми вважаємо, що нічим не можемо віддати Богові належне швидше і краще, ніж управлінням довіреними нам людьми — згідно з законом і з правосуддям» [5, 104]. Правосуддю приділялася велика увага, зокрема встановлювалися принципи правосуддя: «виносити рішення... згідно з істинною справедливістю», «не зневажати бідних», ставити сторони «у рівні умови», «утримуватися від будь-якого приймання подарунків» [5, 105].

Друга половина XI ст. знаменувала собою початок класичного середньовіччя. Щодо тематики конституціоналізму, то особливий інтерес являє собою міське право, із виникненням якого пов'язано формування громадянського суспільства, поява «конституційно-договірного» джерела права — міського статуту.

Норми міського права закріплювали принципи міської демократії, право участі городян у міському управлінні, суді, закріпили принципи особистої свободи городян, їхню формальну рівність перед законом. Усі ці положення є тим «острівцем», який у передісторії конституціоналізму має доленосне значення, оскільки саме в цей період зароджуються демократичні принципи конституціоналізму.

Однією з інституціональних складових конституціоналізму є місцеве самоврядування як інститут громадянського суспільства, показник демократичності держави, необхідний елемент конституційного ладу. Система конституціоналізму є неповною без публічно-самоврядної влади. Щодо цього, то особливий інтерес являє собою право Магдебурга, яке, подібно до руанської хартії у Франції або фуерос (хартії) Куенкі на Піренейському півострові, стало моделлю муніципального устрою для міст Германії і Центральної Європи. Магдебурзьке право виникло в XII ст., перші його записи належать до XIII ст. На їх підставі наприкінці XII — на початку XIV ст. було створено Вульгату, або Саксонський Вейхбільд, — запис звичаєвого права міст Саксонії. Іншим системним записом Магдебурзького права стала Мейсенська збірка середини XIV ст., або «Магдебурзька квітка», укладена юристом Ніколаусом Вурмом [5, 334–335].

Наближеною до сучасного уявлення про конституційні акти, що становлять нормативну основу конституціоналізму, стала Велика Хартія Вольностей 1215 р. Вона посідала особливе місце у розвитку англійської правової думки та істотно вплинула на становлення концептуальних ідей щодо конституціоналізму. Хартія за своїм змістом була документом конституційного характеру, який мав форму королівського подарування, але насправді це був «мирний договір між воюючими сторонами» [6, 32] (всередині країни). У Хартії одержали закріплення такі ідеї конституціоналізму, як права, свободи людей (ст. ст. 15–17, 20 тощо), самостійність міст, їх право «мати всі древні вольності та вільні свої звичаї». Важливим є те, що в Хартії закріплювалася система гарантій прав особи, зокрема, у ст. 39 встановлювалося, що «жодна вільна людина не буде заарештована, або ув'язнена, або позбавлена власності, або якимось чином знедолена, і ми не підемо на неї і не пошлемо на неї інакше, як за законним вироком рівних їй (її перів) і за законом країни». Ці положення історики і правознавці оцінюють як уперше закріплену в праві гарантію недоторканності особи. Як принцип рівноправності можна розглядати положення ст. 40, в якій йдеться, що «нікому не будемо продавати права і справедливості, нікому не будемо відмовляти в них або уповільнювати їх» [5, 390–391].

Передісторія ідей конституціоналізму набула свого розвитку у творах філософів-мислителів періоду класичного середньовіччя. Так, принцип підпорядкування (обмеження) влади держави праву простежується у вченні І. Солсберійського про необхідність підпорядкування государя закону справедливості та загального блага. При цьому стверджується, що «государ (princeps) є публічною владою (potestas publica)», а «закон — мудрість тих, хто знає, виправлення свавільних, основа суспільства і спасіння від будь-якого злочину». Філософ, обґрунтовуючи необхідність підпорядкування государя законам, цитує Юс-

тиніана: «Імператор (Юстиніан. — *А. К.*) говорить: «Якщо государ пов'язує себе законами, то це йому на користь». Це так, оскільки від авторитету права залежить авторитет государя, і воістину найбільша влада полягає в тому, щоб підпорядкувати державу законам, і государ не повинен дозволяти собі нічого такого, що б не погоджувалося із справедливістю правосуддя» [5, 598–599]. Таким чином, було сформульовано положення, які надалі отримали свій розвиток у концепції правової держави.

Пізнє середньовіччя — ранній Новий час — останній етап передісторії конституціоналізму. Незважаючи на те, що національні правові системи європейських держав цього історичного періоду в основному характеризуються формуванням абсолютизму і зміцненням абсолютної влади монархів, ідеї конституційно-демократичного характеру яскраво відображалися у судженнях, теоріях мислителів цього часу. Так, розумність і необхідність обмеження публічної влади правом обґрунтовував у своїх працях Н. Макіавеллі. Віддаючи перевагу різним формам державної влади — одноосібному правлінню і республіці, він підкреслював роль законів, права як основи їх стійкості та процвітання, стверджуючи, що «тим і іншим (монархіям і республікам. — *А. К.*) потрібним було підпорядкування законам, оскільки государ, який здатний робити все, що йому заманеться, — божевільний, народ же, який здатний робити все, що йому завгодно, — не мудрий» [7, 442]. Макіавеллі, викладаючи по суті реалістичну політико-правову програму створення на території Італії того часу централізованої спільноти у формі принципату, разом із неправовими засобами пропонував деякі такі правила, які мали допомогти в досягненні кінцевої мети — створенні республіканської форми правління, заснованої на законності.

Щодо ролі законів у державі розмірковував у цей історичний період видатний український письменник, філософ С. Оріховський-Роксоланин. У своєму трактаті «Напучення королеві польському Сигізмунду Августу» (1543 р.) мислитель, відповідаючи на питання «що в державі більше: закон чи король?», доводить першість закону: «Закон же, якщо він є душею і розумом держави, значно кращий за непевну державу і вищий за короля. Отже, закон дорівнює королеві і навіть кращий і набагато вищий за короля» [8, 802]. Таким чином, у цих судженнях простежуються витоки таких принципів конституціоналізму як верховенство закону та законності.

Гуманістичні принципи людяності обстоював у своїх судженнях один із найзначніших гуманістів епохи Відродження Е. Роттердамський, який вважав, що «... государ повинен прагнути, щоб його співгромадяни оцінювалися за чеснотами та вдачею, а не за вартістю майна» [5, 660].

Соціальною передумовою конституціоналізму є громадянське суспільство, засноване на принципах свободи і рівності. Про природну рівність усіх людей, про те, що «...для людини природно бути вільною й бажати залишатися нею...», писав французький гуманіст Е. де Ла Воєсі. Ці його положення передбачили подальшу критику абсолютизму з позиції теорії природного права [5, 681, 683].

У цей період передісторії конституціоналізму активно формується доктрина народного суверенітету. Ідеї народного суверенітету, виборності та можли-

вості скидання королівської влади висловлював у своїх працях один із головних ідеологів теорії тираноборства, політичний мислитель епохи Відродження Ф. Отман. Він стверджував, що «... оскільки у народу і представницьких установ є право обирати і зводити на трон своїх госуларів, то, відповідно, слід також вважати, що у народу є вища влада також і для того, щоб скидати госуларів» [5, 686]. Теорію держави і суверенітету розробляв Ж. Боден, визначаючи суверенітет як «абсолютну і постійну владу Держави» [5, 692, 694]. Поборником народного суверенітету, федерального устрою держави, виборності органів держави (зокрема виборних посадових осіб — «ефорів») був німецький політичний мислитель рубежу XVI–XVII ст. Алтузій [5, 689, 692, 694].

Період Нового часу — це власне історія конституціоналізму: «політико-правовий аспект розвитку суспільства і держави, формування і розвиток суспільства і держави, формування і розвиток конституційних ідей та їх втілення у нормах конституцій, а також практика реалізації конституції як Основного закону держави» [9, 61]. Саме у цей історичний час відбуваються революційні зміни феодальної форми правління, подолання абсолютистських режимів республіканськими, аксіоматизуються ідеї свободи і рівності, права людини проголошуються природними і невідчужуваними, що відображується у перших конституційних актах англійської, американської та французької революцій. У цих умовах конституційний лад стає об'єктивною реальністю, з'являються елементні складові сучасного конституціоналізму, перш за все, теорія і практика конституційного правління, обмеженого правом на користь громадянського суспільства, прав і свобод людини.

Ідеї конституціоналізму в період Нового часу відображено у працях передових мислителів цієї епохи. Провідною правовою доктриною XVII–XVIII ст. була теорія природного права. Такі постулати цієї теорії, як визнання загальної природної рівності людей, юридична рівність людей, концепція природних прав людини і три їх «стрижня» — свобода, рівність, власність — стали основою, на якій будується і сьогодні науково-теоретична доктрина громадянського суспільства, без якої є немислимим конституціоналізм. Теорія природного права — це загальноєвропейська доктрина. Її представниками були філософи та мислителі німецькі (Кант, Гегель), французькі (Вольтер, Руссо), англійські (Гоббс, Локк), голландські (Гроцій, Спіноза).

Ідеї Г. Гроція, Б. Спінози, Д. Локка, Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо мали великий вплив на акти конституційного характеру, які з'являються в Америці та країнах Європи у XVIII ст. Досягнення європейської політико-правової думки вплинули на документ, який мав особливе значення для розвитку українського конституціоналізму. Він називався «Пакти й конституції законів та вольностей Війська Запорозького між ясновельможним паном Пилипом Орликом, новообраним Гетьманом Війська Запорозького, та між старшиною, полковниками, а також названим Військом Запорозьким, прийняті публічною ухвалою обох сторін і підтверджені на вільних виборах встановленою присягою названим ясновельможним гетьманом, року Божого 1710, квітня 5, при Бендерах» [10, 8–24], відомий як «Конституція Пилипа Орлика». Цю «Кон-

ституцію» досить детально досліджено як сучасними ученими, так і істориками минулого. Так, М. А. Маркевич у своїй праці «Історія Малоросії», виданій вперше в 1842 р., у цілому критично оцінює діяльність багатьох українських гетьманів і досить обережно підходить до оцінки взаємин Малоросії з царською владою періоду кінця XVIII ст. Проте, аналізуючи договір із Військом Запорозьким (у вигляді «Конституції П. Орлика»), історик зазначав, що він «заслужує на увагу» [11, 539]. Конституція П. Орлика мала важливе значення у процесі еволюції українського конституціоналізму початку XVIII ст.

Період буржуазних революцій кінця XVIII ст. є тим переломним моментом, з якого, по суті, починається історія конституціоналізму. У цей історичний період з'являються перші конституції у сучасному їх розумінні (Франції 1791 р., Польщі 1791 р., США 1787 р.), як основні закони держави і суспільства. Документи конституційного характеру, прийняті у цей історичний час, становлять науково-практичну цінність у контексті формування парадигми конституціоналізму.

Перші конституційні акти Північної Америки 70–80-х рр. XVIII ст., французька Декларація прав людини і громадянина (1789 р.), Конституції Франції і Польщі (1791 р.), Норвегії (1814 р.) тощо належать до так званих «старих» конституцій «першої хвилі», які іноді називають інструментальними (зорієнтованими на моделювання механізмів державної влади). До них також можна віднести Маніфест Російської імперії «Про вдосконалення державного порядку» 1905 р., який проголосив конституційний шлях розвитку країни і надання громадянських свобод і яким «з висоти престолу було визнано конституційний принцип» [12, 242].

Наступним актом переломного характеру у прямуванні Росії до конституціоналізму стали Основні закони Російської імперії 1906 р. Включення цих актів до переліку «старих» конституцій пояснюється їх юридичною природою. Так, С. А. Котляревський вважав очевидним, що «наші Основні Закони (Основні закони Російської імперії 1906 р. — *А. К.*) належать до класу писаних конституцій... І та обставина, що вони не називаються конституційними, анітрохи не змінює суті справи. 23 квітня 1906 р. Росія отримала конституційну хартію» [12, 212].

Середина XVIII — початок XX ст. охарактеризувалися розвитком української суспільно-політичної [13] та конституційної думки і формуванням численних конституційних проектів, серед яких особливий інтерес являють «Нариси Конституції Республіки» (1848–1850), написані одним із членів Кирило-Мефодіївського братства Г. Андрузьким, який відіграв важливу роль у розвитку української політичної думки.

На особливу увагу заслуговує «Проект основ Статуту українського товариства “Вільна Спілка”» М. П. Драгоманова (1884 р.). Саме М. П. Драгоманова вітчизняні дослідники називають «фундатором суто української національної думки і практики, творцем першого конституційного проекту, який наближався до європейських зразків» [14, 29]. Під впливом ідей декабристів і представників англійського лібералізму він обстоював концепцію вільного суспіль-

ства — асоціації гармонійно розвинених осіб, був прихильником «поступальних» конституційно-правових змін, спрямованих на ліквідацію абсолютизму. Конституціоналізм посідав важливе місце серед наукових інтересів М. П. Драгоманова. Як основу конституціоналізму він розглядав політичну свободу, під якою розумів права людини й громадянина та самоврядування [15, 167–168]. Складовою частиною конституціоналізму М. П. Драгоманов вважав федералізм, заснований на принципі децентралізації та самоврядування, яке він, передусім, розглядав як «місцеве (общинне (сільське і міське), волосне, повітове і обласне) і державне». М. П. Драгоманов обґрунтовував необхідність децентралізації, зазначаючи, що «правління ... всією Росією через центральні представницькі збори без визнання і забезпечення ... прав місцевого самоврядування, слід вважати таким, що так само мало охороняє свободу загалом та інтереси України, зокрема, як і теперішній устрій Російської імперії» [15, 168, 170–172].

Наступником і продовжувачем політико-правових концепцій М. П. Драгоманова та інших представників Кирило-Мефодіївського братства став М. С. Грушевський. Проект конституційного ладу, заснованого на ідеї про те, що «не повинно бути іншої влади, тільки обраної народом», на принципах децентралізації, широкої національної або територіальної автономії, чіткого визначення статусу суб'єктів федерації, зокрема України, парламентському правлінні, він в основному виклав у своїй статті «Конституційне питання і українство в Росії» (1905 р.) [16, 368–380].

Системне формування сучасного конституціоналізму починається з періоду Новітнього часу і триває в сучасності.

Генезис науково-практичної парадигми українського конституціоналізму в новітній історії є доцільним розглядати у рамках чотирьох періодів. Перший період (1917–1921), коли Україна вперше в ХХ ст. намагалася вибороти незалежність, характеризується тим, що створюється і функціонує Українська Центральна Рада. Це мало прагматичне значення для формування парадигми українського конституціоналізму, оскільки: цей орган мав значення першого органу парламентського типу в Україні, до нього в Україні не було органів, які можна було б навіть віддалено віднести до парламентів; вона відіграла значну роль у розвитку національної самосвідомості українців, у їх прагненні до побудови незалежної демократичної держави, в якій визнаються та забезпечуються права та свободи людини. Так Українською Центральною Радою було видано чотири Універсали (у червні, липні, листопаді 1917 р., січні 1918 р.), що були проявом розвитку українського революційного руху, відображенням революційних подій цього історичного періоду. Саме Українська Центральна Рада 29 квітня 1918 р. схвалила Конституцію УНР. У цей період відбуваються процеси конституціоналізації, що мали історичне значення щодо теорії та практики українського конституціоналізму, а саме: прийняття таких важливих актів, як Універсали Центральної Ради, Конституція УНР, ряд законів, прийнятих Центральною Радою (про адміністративно-територіальний устрій України, громадянство УНР, про ратифікацію Брестського мирного договору тощо), акти конституційного характеру Української Національної Ради у Львові.

Другий період у генезисі конституціоналізму в новітній історії — це радянський період (1921–1991), тобто утворення радянської України. Він характеризується дією радянських конституцій (Конституції УСРР 1919 р., 1929 р. та Конституції УРСР 1937 р., 1978 р.), які підвели необхідну конституційно-правову базу під ті докорінні зміни, що відбулися в державі та суспільстві після жовтневої революції в Росії. Водночас ці Основні Закони внесли певний вклад у формування науково-практичної парадигми конституціоналізму. Цей період відрізняється прагненням створення в Україні соціалістичного суспільства, соціалістичного типу держави і права на основі теорії соціалізму, постулати якої є суперечливими щодо загальних принципів лібералізму, що становлять ідеологічну основу конституціоналізму, проте практика радянського будівництва мала значення щодо формування науково-практичної парадигми українського конституціоналізму.

Третій — пострадянський період починається з моменту проголошення незалежності України. Часові рамки цього періоду — з 1991 по 1996 р. (прийняття Конституції України) — збігаються з початком конституційної реформи в Україні та тривають у четвертому періоді — сучасному, який характеризується здійсненням конституційних перетворень (конституційної модернізації та реформування) в Україні.

Резюмуючи наведене, можна констатувати, що історично-теоретичні витоки та історичний досвід формування парадигми конституціоналізму є важливим підґрунтям щодо створення теорії українського конституціоналізму, її втілення у сучасну конституційну практику та має значення щодо наукового прогнозування тенденцій розвитку політико-правової системи сучасного українського конституціоналізму.

### Література

1. Орзих М. Ф. Категориальное определение перспектив науки конституционного права // Наука конституционного права Украины: сучасний стан та напрямки розвитку : [матеріали виступів учасників «круглого столу»] / [за ред. А. П. Гетьмана]. — Х. : Право, 2009. — С. 48–53.
2. История политических и правовых учений. Древний мир / [Л. С. Васильев, В. Г. Графский, П. С. Грацианский и др.]; отв. ред. В. С. Нерсесянц. — М. : Наука, 1985. — 350 с.
3. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. 1. Античность. Восточные цивилизации / [рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин]. — М. : Мысль, 1999. — 750 с.
4. Абдулаев М. И. Права человека и закон: Историко-теоретические аспекты / М. И. Абдулаев. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 322 с.
5. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. 2. Европа. V–XVII вв. / [рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин]. — М. : Мысль, 1999. — 830 с.
6. Петрушевский Д. М. Великая Хартия Вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века: С приложением латинского и русского текста Великой Хартии и др. документов / Д. М. Петрушевский. — М. : Изд. М. и С. Сабашниковых, 1915. — 176 с.
7. Макиавелли Н. Избранные сочинения / Никколо Макиавелли ; [пер. с итал. Р. И. Хлодовского]. — М. : Худ. лит., 1982. — 504 с.
8. Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права / [упоряд.: С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд; відп. ред. С. Головатий; наук. ред. С. Головатий, О. Сироїд, О. Волкова, А. Черевко; вступ. сл. С. Головатий]. — К. : Книга для бізнесу, 2008. — 992 с.
9. Кабышев В. Т. Российский конституционализм на рубеже тысячелетий // Правоведение. — 2001. — № 4. — С. 61–70.

10. Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність / [упоряд. І. О. Кресіна; відп. ред. Ю. С. Шемшученко]. [2-ге вид., змін. і допов.]. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАП України, 2006. — 310 с. — (До 10-річчя Конституції України).
11. Маркевич М. Історія Малоросії / Микола Маркевич; [відп. ред. і авт. передм. Ю. С. Шемшученко]. — К.: Ін Юре, 2003. — 664 с.
12. Котляревский С. А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / С. А. Котляревский; [под ред. и с предисл. В. А. Томеннова]. М.: Зерцало, 2004. — 392 с. — (Серия «Русское юридическое наследие»).
13. Тисяча років української суспільно-політичної думки. У 9 т. Т. 6. 90-ті роки XIX — 20-ті роки XX ст. / [упор., прим. Т. Гунчака, Р. Сольчаника]. — К.: Дніпро, 2001. — 520 с.
14. Шукліна Н. Г. Українські конституційні проекти європейського зразку XIX — початку XX ст. про коло прав і свобод людини і громадянина: політико-правовий аналіз // Науковий вісник Чернівецького університету. — 2003. — Вип. 200: Правознавство. — С. 24–30.
15. Драгоманов М. П. Проект основ статуту українського товариства «Вільна спілка» — «Вольный союз» // Антологія української юридичної думки: в 6 т. / [за заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. — К.: Юрид. книга, 2003. — Т. 4: Конституційне (державне) право. — С. 166–177.
16. Антологія української юридичної думки. В 6 т. Т. 4. Конституційне (державне) право / [ред.-кол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. — К.: Юрид. книга, 2003. — 600 с.

### Анотація

*Крусян А. Р.* Генезис науково-практичної парадигми конституціоналізму. — Стаття.

У статті наводиться науковий аналіз історичних витоків та поступового розвитку теорії і практики конституціоналізму. У генезисі конституціоналізму як соціально-правового феномена автором виокремлено три періоди (з відповідними етапами): становлення (передісторію), розвиток (історію) і системне формування конституціоналізму. Основою запропонованої періодизації є хронологічний принцип, відповідний історичній логіці виникнення та розвитку конституційно-правових ідей, теорій та їх інституціонального оформлення.

*Ключові слова:* конституціоналізм, український конституціоналізм, генезис конституціоналізму, конституція, закон, права та свободи людини, конституційний розвиток.

### Аннотация

*Крусян А. Р.* Генезис научно-практической парадигмы конституционализма. — Статья.

В статье изложен научный анализ исторических истоков и поступательного развития теории и практики конституционализма. В генезисе конституционализма как социально-правового феномена автором выделено три периода (с соответствующими этапами): становление (предыстория); развитие (история) и системное формирование конституционализма. Основой предложенной периодизации является хронологический принцип, отвечающий исторической логике возникновения и развития конституционно-правовых идей, теорий и их институционального оформления.

*Ключевые слова:* конституционализм, украинский конституционализм, генезис конституционализма, конституция, закон, права и свободы человека, конституционное развитие.

### Summary

*Krasyan A.* Genesis of Doctrinal and Practical Paradigm of Constitutionalism. — Article.

The article outlines the scientific analysis of historical sources and the progressive development of the theory and practice of constitutionalism. The author identified three periods with the corresponding stages in the genesis of constitutionalism as a socio-legal phenomenon. The basis for the periodization is a chronological principle. Three periods are named and identified regarding to the logic of the historical origin and development of constitutional ideas, theories, principles and institutional design.

*Keywords:* constitutionalism, Ukrainian constitutionalism, the genesis of constitutionalism, constitution, law, human rights and freedoms, constitutional development.

## ДЕЛЕГУВАННЯ ЗАКОНОДАВЧИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

В умовах інтенсивних демократичних, соціальних, державно-правових перетворень, що відбуваються зараз в Україні, суттєво змінюється роль держави, її функцій і відповідні їй владні повноваження. У процесі демократизації всіх сторін суспільного життя стає закономірною тенденція зміни характеру державно-правового регулювання, перш за все збільшення кількості законів, що приймаються Верховною Радою України.

У суспільній практиці особливо велике значення набуває наукова розробка і вирішення того контексту проблеми делегування, яке стосується проблеми взаємовідносин законодавчої і виконавчої гілок влади. Це зумовлено декількома об'єктивними факторами. По-перше, в умовах позбавлення від пережитків тоталітаризму в Україні принцип єдності і неподільності державної влади не може більше розглядатися в його попередньому розумінні. Вона не може бути зосереджена тільки в одному «повновладному» державному органі, а розподілятися між гілками влади, які взаємодіють між собою через систему стримувань і противаг влади. По-друге, збереження за державою економічної та соціальної функції зумовлює посилення тенденції інтенсивного нормативно-правового регулювання відповідних суспільних відносин. Це досягається шляхом активної правотворчої діяльності як Верховної Ради України, так і Президента України і вищих органів виконавчої влади. У цьому зв'язку підвищений науковий інтерес викликає дослідження співвідношення закону і таких нормативно-правових актів, в яких формулюються первинні норми права, встановлення юридичної основи для видання подібних підзаконних актів.

По-третє, в Україні складається практика делегування, що вимагає наукового аналізу її природи і вироблення відповідних рекомендацій для правозастосування. По-четверте, в теорії держави і права до цих пір не проводилось комплексне дослідження проблеми делегування на рівні монографій, не здійснювались спроби аналізу використання деяких положень наукової доктрини і практики делегування в розвинутих демократичних країнах.

Необхідність звернення до теми делегування державних повноважень зумовлена її зростаючою актуальністю в процесі побудови Української правової держави. Незважаючи на те, що до цієї теми звертались багато вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема С. Алексєєв, С. Поленіна, В. Нерсєсянц, В. Горшенєв, М. Цвік, М. Козюбра, В. Тацій, В. Кампо та інші, рівень розробки є явно недостатнім і не повністю відповідає потребам державного будівництва, незалежної України. Ці дослідники в основному торкалися теоретичної оцінки делегованої правотворчості.

Метою статті є з'ясування поняття, сутності та підстав делегування законодавчих повноважень у вітчизняній та зарубіжній юридичній науці та практиці.

Державно-владні повноваження є юридичною характеристикою влади і утворюють компетенцію державних органів. Головним делегатором в Україні є її народ, чия воля і принципи закріплені в Конституції України. Шляхом голосування він делегує свої верховні владні повноваження державним органам, тому всі їх повноваження мають делегований від народу характер.

Вчені, що вивчали правотворчість в СРСР і в Україні, неоднозначно відносяться до делегованої правотворчості. Так, І. Воронкова вважає, що «підзаконне делегування є природним станом правотворчості» [1, 12]. Крім того, Н. Соколова, конкретизуючи це положення стосовно управлінських органів, зазначає, що «підзаконна правотворчість є основоположною формою здійснення ними організаційно-розпорядчої діяльності» [2, 17].

Деякі вчені, серед яких: А. Шебанов, П. Полежай, В. Горшеньов, В. Нерсисянц, В. Карташов, Л. Лазарь, В. Кампо, позитивно оцінюють практику делегування законодавчих повноважень, вважаючи її необхідною, що зумовлена потребами державного керівництва, гнучкістю і швидкістю вирішення питань. Але делегування законодавчих повноважень повинно здійснюватись у відповідності з певними стандартами, не бути надлишковим і здійснюватись не з усіх питань, які складають предмет закону. Ю. Грошевий, В. Тацій, Л. Кривенко, М. Цвік, В. Колодій, В. Копейчиков виступають за категоричну заборону делегування законодавчих повноважень, основуючись на принципі розподілу державної влади [3, 33; 4, 120]. Подібна широта поглядів і думок зумовлюється тим, що дослідження досить-таки складної проблеми делегування не мало комплексного характеру. При цьому слід мати на увазі, що радянський досвід делегування законодавчих повноважень в основному не придатний через існування механізму реалізації державної політики (система органів КПРС та КПУ), який функціонував через неправові (політичні) форми при відсутності реального розподілу державної влади, а також визнання в теорії держави і права відсутності протиріч між законами і підзаконними нормативними актами [5].

Слід зазначити, що в радянський період «центр тяжіння» нормативного регулювання був зміщений в бік органів державного управління. Оправдовуючи подібну практику, посилались на те, що ідейно-теоретичною основою для формування і розвитку правового регулювання в радянському суспільстві є партійні документи (Програма КПРС, матеріали з'їздів і пленумів ЦК КПРС), для виконання яких проводилась єдина правова політика.

Суто українське національне забарвлення отримало делегування парламентом повноважень Кабінету Міністрів України (в частині здійснення законодавчого регулювання відносин власності, підприємницької діяльності, соціального і культурного розвитку, митної, науково-технічної політики, кредитно-фінансової системи, оподаткування, державної політики оплати праці і ціноутворення) [5]. Згідно зі ст. 97-1 Конституції УРСР (1978 р.) декрети з делегованих повноважень мали силу закону і могли зупиняти дію конкретних законодавчих актів або вносити до них зміни і доповнення. Декрет після його підписання Прем'єр-міністром України передавався до Верховної Ради України і набу-

вав чинності через десять днів з моменту його опублікування (якщо інше не передбачалось самим декретом), але не раніше дня його опублікування [6].

Протягом строку делегування повноважень (шість місяців) Кабінетом Міністрів було прийнято 83 декрети, якими змінено чи зупинено дію десятків законів України. Це ледь не призвело до повного хаосу в системі законодавства України, оскільки особи, що мали застосовувати закони, були дезорієнтовані відносно того, яка частина закону і які закони діють. Декрети фактично почали виконувати функцію законів. Слід зазначити, що декретування було запроваджено спочатку не Конституцією, а Законом України від 18 листопада 1992 р. «Про тимчасове зупинення повноважень Верховної Ради України, передбачених пунктом 13 статті 97 Конституції України, і повноважень Президента України, передбачених пунктом 7-4 статті 114-5 Конституції України». Але оскільки в Законі не передбачався порядок його введення в дію, 21 листопада 1992 р. був прийнятий Закон України «Про порядок застосування Закону України «Про тимчасове зупинення повноважень Верховної Ради України, передбачених пунктом 13 статті 97 Конституції України, і повноважень Президента України, передбачених пунктом 7-4 статті 114-5 Конституції України» [7].

В контексті вище викладеного, під делегуванням законодавчих повноважень слід розуміти видання нормативно-правового акта за уповноваженням, що виходить із закону, чи за прямим дорученням представницького органу законодавчої влади органу виконавчої влади при збереженні певної системи контролю зі сторони законодавчого органу за реалізацією делегованих повноважень. У даному випадку делегування відбувається на рівні верховної влади між двома її гілками, обособленими одна від одної. Закон, на основі якого Верховна Рада може делегувати свої повноваження, є звичайним, який приймається простою парламентською більшістю. Делегування в порядку уточнення компетенції за допомогою звичайних законів відрізняється від дії конституційного закону, який вносить зміни в Конституцію, тому не делегує повноваження, а перерозподіляє компетенцію.

У законі, що здійснює делегування в указаному вище порядку законодавчих повноважень, обов'язково повинна міститись вказівка на предмет, цілі, завдання і стандарти делегування, зафіксований політичний вибір законодавчого органу, межі повноваження відповідних державних органів і посадових осіб, а також методи парламентського і судового контролю. Ці стандарти чи параметри делегування необхідні для того, щоб виконавець, деталізуючи і конкретизуючи основні положення закону, був не в стані фактично спотворити і підмінити його. Широко розповсюджене розуміння делегування як необмеженої і неконкретної передачі повноважень підлягає безумовній забороні, так як тягне за собою грубе порушення принципу законності.

Як приклад можна привести Німеччину. Тут в березні 1933 р. Рейхстаг, де переважали члени націонал-соціалістичної партії, прийняв закон («Ermachtssiguns gessets»), делегуючи А. Гітлеру і його кабінету повноваження в управлінні країною за декретом. Законодавчий орган уповноважував виконавчу владу приймати будь-який закон, який вона забажає прийняти. Після

Другої світової війни з прийняттям Основного Закону ФРН (1949 р.) послідувала заборона необмеженого делегування законодавчих повноважень шляхом їх закріплення за парламентом (ст. 20 ч. 3) [8].

Конституція України прямо не забороняє і не дозволяє делегування законодавчих повноважень. Разом з тим у відповідності до ст. 19 Конституції України «органи державної влади і органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти тільки на основі, в межах повноважень і способом, що передбачені Конституцією і законами України». А це значить, що їм заборонено здійснювати непередбачувані для них законом повноваження. Про це свідчить положення ст. 106 Конституції України, що встановлює видання Президентом України указів «на основі і для виконання Конституції та законів України»; ст. 117, що передбачає видання Кабінетом Міністрів України постанов і розпоряджень в межах своєї компетенції [9]. Тому в загальноприйнятому розумінні делегування законодавчих повноважень слід вважати забороненим. Але у випадках, коли Верховна Рада України сама уточнює надані їй Конституцією України повноваження, це уточнення в ряді випадків пов'язане з встановленням законним шляхом для виконавчої влади (Президент) додаткових, непередбачених для них законодавством прав, що і є делегуванням особливого роду. Таке делегування суттєво відрізняється від широко поширеного погляду на цей предмет. Одна справа передачі власних повноважень іншому органу виконавчої влади, а інше — розподіляти їх між Верховною Радою і Кабінетом Міністрів України, визначити коло повноважень, які доцільно здійснити кожному із них, тобто уточнити власні повноваження. Таке делегування не наносить шкоди «жорсткому» підходу до принципу розподілу влади, який на даний момент існує в Україні, так як не перетворює виконавчий орган в законодавчий, а лише уточнює обсяг і зміст законодавчого регулювання. Згідно з Конституцією України Верховна Рада до 28 липня 1999 р. делегувала Президенту право на видання одобрених Кабінетом Міністрів України і скріплених підписом Прем'єр-міністра нормативних указів з економічних питань, не врегульованих законами, з одночасною подачею відповідного проекту в Верховну Раду. Як свідчить практика, дуже часто дані укази регулювали відносини, які повинні регулюватися виключно законами, що привело до правової несумісності указів і законів, низької ефективності даних правових актів і вкрай негативно вплинуло на взаємодію двох гілок влади. Нерідко укази Президента носили більш фундаментальний характер, ніж закони України. Це, безперечно, порушувало принцип верховенства закону.

Таким чином, делеговане законодавство в тій чи іншій мірі властиве переважній більшості сучасних розвинутих держав, навіть там, де законодавчі повноваження парламенту досить широкі. Будучи одним із свідчень посилення ролі і значення виконавчої влади в політичному, економічному та соціальному житті, воно в той же час викликано не лише цим фактором, а є наслідком багатьох чинників: зростання, розширення обсягу питань, що підлягають нормативно-правовому регулюванню, неспроможністю парламенту їх «переварити», громіздкістю процедури проходження законопроектів у парламенті тощо.

Доцільність інституту делегованого законодавства в Україні зумовлюється специфікою нинішньої економічної та політичної ситуації: глибока економічна криза, вихід з якої потребує оперативності, політичне протистояння в парламенті, упередженість при прийнятті законів, їх суперечливість та інші чинники.

Разом з тим делегування законодавчих повноважень має здійснюватись: а) під строгим контролем Верховної Ради України (аж до накладання вето на акти); б) без переделегування Президентом законодавчих повноважень іншим суб'єктам.

### Література

1. Воронкова И. В. Закон как приоритетная форма советского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / И. В. Воронкова. — Саратов, 1989. — 22 с.
2. Соколова Н. С. Теоретические аспекты совершенствования правотворческой деятельности министерств и ведомств в СССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. С. Соколова. — М., 1988. — 21 с.
3. Грошовий Ю. М. Актуальні проблеми законодавчого процесу в Україні / Ю. М. Грошовий, В. Я. Тацій // Концепція розвитку законодавства України : матеріали наук.-практ. конф. Травень 1996 р. — К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. — С. 33–35.
4. Цвік М. Про делегування законодавчих повноважень // Правова система України: теорія і практика. — К., 1993. — С. 120–122.
5. Зиве С. Л. Источники права / С. Л. Зиве. — М. : Наука, 1981. — 287 с.
6. Конституція УРСР від 20 квітня 1978 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978-plus.html>.
7. Про тимчасове зупинення повноважень Верховної Ради України : Закон України від 18 липня 1992 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2814-12>.
8. Конституция ФРГ от 29 мая 1949 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.rflwb.de/Pravo/Pravo\\_ru/pravo\\_ru1.htm](http://www.rflwb.de/Pravo/Pravo_ru/pravo_ru1.htm).
9. Конституція України від 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2814-12>.

### Анотація

*Дутка Г. І.* Делегування законодавчих повноважень. — Стаття.

У статті аналізуються питання щодо різноманітних підходів до поняття та сутності делегування законодавчих повноважень як одного із засобів функціонування державної влади в плюралістичному суспільстві, забезпечення її ефективності. Значна увага приділена теоретичному осмисленню проблеми вдосконалення методів державного управління та правового регулювання, аналізу зарубіжної практики з даного питання.

*Ключові слова:* делегування законодавчих повноважень, делеговане законодавство, державно-владні повноваження.

### Аннотация

*Дутка Г. И.* Делегирование законодательных полномочий. — Статья.

В статье анализируются вопросы различных подходов к понятию и сущности делегирования законодательных полномочий как одного из средств функционирования государственной власти в плюралистическом обществе, обеспечения её эффективности. Значительное внимание уделяется теоретическому осмыслению проблемы совершенствования методов государственного управления и правового регулирования, проведению анализа зарубежной практики по данному вопросу.

*Ключевые слова:* делегирование законодательных полномочий, делегированное законодательство, государственно-властные полномочия.

### Summary

*Dutka G. I.* Delegation of legislative authority. — Article.

The questions about different point of view to the concept and essence of the delegation of legislative authority as one of the mean of functioning of state power in plurastic society of the software of its efficiency are analyzed in this article. Considerable attention is paid to theoretical comprehension of problem of improving method of governance and law regulation, to analysis of foreign practices on the subject.

*Keywords:* delegation of legislative authority, delegated legislation, state and powerful authority.

УДК 340.12:321.1/8:342

С. В. Джолос

### ПРОБЛЕМА ДЕРЖАВНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

В умовах постмодерну чи не найбільш масштабним феноменом, що визначально впливає на політико-правове, культурне та соціально-економічне життя народів світу, стала глобалізація, як низка процесів, що утворюють єдиний світ [1, 396]. При цьому уніфікація світу та дедалі більше обмеження суверенітету незалежних держав далеко не завжди справляють позитивний вплив на буття суспільства.

Таким чином, перед сучасною політико-правовою наукою постає важлива проблема щодо державного суверенітету в умовах глобалізації, його ества, цінності та основних засад збереження.

Проблема державного суверенітету вперше набула ґрунтовної розробки у працях видатного французького мислителя Ж. Бодена, який вважав суверенітет основною ознакою держави, «абсолютною і постійною владою держави», «величчю», «найвищою владою розпоряджатися» [2, 689–695].

Важливий внесок у дослідження проблеми державного суверенітету було зроблено визначним російським мислителем Г. Ф. Шершеневичем, який визначав державу як об'єднання людей під однією владою у межах певної території [3, 201] і тлумачив суверенітет як самостійність, що «характеризує державну владу як незалежну, вищу, необмежену і неподільну» [3, 214]. При цьому, на думку вченого, вказані вище властивості суверенітету тісно пов'язані між собою: незалежність влади означає її верховність (відсутність вищої влади), з чого випливає її необмеженість (відсутність обмежень з боку вищої влади) та неподільність (верховність влади означає її єдність і, таким чином, неподільність: двох вищих влад бути не може) [3, 214–220].

На думку відомого сучасного вченого Ю. М. Оборотова, «головна теза державний суверенітет не абсолютний, а відносний», причому його обсяг залежить від того, чи є держава незалежною у міжнародних відносинах, чи є вона складовою більш великого державного утворення (федерації, конфедерації), чи є вона учасницею міждержавного союзу [4, 117].

Загалом, на думку деяких дослідників, процесам глобалізації властиві деякі позитивні риси: полегшення господарської взаємодії між країнами, створення умов для доступу країн до передових здобутків людства, забезпечення економії ресурсів, стимулювання світового прогресу [5].

При цьому В. М. Співак зазначає, що процесам глобалізації властиві такі негативні тенденції: а) грубий тиск транснаціональних корпорацій (далі — ТНК) на розвиток національних економік та на прийняття економічних і політичних рішень; б) акцент на суто фінансово-прибутковій діяльності і недооцінка соціальних аспектів; в) випадки щодо обмеження суверенітету держав і націй шляхом урізання можливостей їх вільної діяльності; г) втілення концепції ліберально-ринкової держави, що сприяє усуненню держав від реального впливу на певні процеси (передусім економічного плану); г) зіткнення різноманітних міждержавних інтересів тощо [6, 667].

Вказане вище дозволяє стверджувати, що сьогодні єство та обсяг державного суверенітету все більше віддаляються від класичних канонів.

Разом із тим у сучасній науці недостатньо дослідженими залишаються загальнотеоретичні засади сутності і реалізації державного суверенітету, який, на жаль, досить часто зазнає негативних впливів в умовах глобалізації.

Таким чином, у межах цієї статті ми плануємо вирішити такі завдання: а) з'ясувати єство та сутність суверенітету; б) визначити загрози та основні засади трансформації державного суверенітету в умовах глобалізації; в) запропонувати загальнотеоретичні основи збереження і розвитку державного суверенітету в сучасних умовах та ін.

Загалом, суверенітет (від фр. *souverainete* — верховна влада) — це повністю незалежне від будь-яких сил, обставин та осіб верховенство, незалежність суб'єктів влади при прийнятті ними політичних рішень, незалежність держави у внутрішній і зовнішній політиці; це верховенство і незалежність державної влади, що виявляється у винятковому праві власності на свою територію, її багатства і ресурси, праві самостійно отримувати, розподіляти і перерозподіляти прибутки та видатки, формувати бюджет, підтримувати різні відносини з іншими суверенними державами [7, 427].

З точки зору Ж. Бодена, суверенною владою є безперервна, безперечна, необмежена, незалежна, вища й абсолютна влада. Воля суверена є правом, бо являє собою правові розпорядження того чи тих, «хто володіє цілковитою владою над усіма без винятку». Мислитель вважав чи не найголовнішим атрибутом суверенної влади видання законів і норм права, так само як і можливість припиняти їх дію [7, 427; 8].

Викладене навіює такі думки щодо класичного розуміння суверенітету:

1. Держава виникла і досі існує для забезпечення нормального життя суспільства, порядку і добробуту; тож, обмеження її суверенітету суперечить самій логіці її утворення, бо зменшує можливості її благодійництва.

2. Теоретично будь-яка змінна, обмежена чи розподілена влада не є суверенною, бо не може дозволити собі абсолютну свободу діяльності (навіть в інте-

ресах суспільства), оскільки або не має для того можливості, або може побоюватися переслідувань з боку своїх наступників.

3. Право (у т.ч. природне) набуває статусу чинного і стає законом виключно завдяки авторитету і силі суверенної державної влади, яка об'єктивізує абстрактні юридичні ідеї у вигляді позитивних (писаних) норм та забезпечує їх примусове виконання (на нашу думку, не слід недооцінювати легістсько-етатистський підхід, за яким право є системою загальнообов'язкових норм і приписів державної влади) [9, 126]; при цьому несуверенна влада втрачає безумовну можливість створення права, справедливого і корисного для певного суспільства, оскільки її законодавча діяльність не є самостійною.

4. Враховуючи, що правові норми набувають чинності виключно з волі суверенної держави, остання не тільки їх формує, але й володіє правом їх змінювати чи взагалі скасовувати (у т.ч. це стосується багатьох прав людини, які стають реальними саме завдяки державі). Звідси впливає сумнівність можливості правового обмеження влади (Г. Ф. Шершеневич підмітив, що всесилля влади обмежується моральною свідомістю і розсудливістю владарюючих та можливістю протидії підвладних [3, 217–218]), яке, однак, може стати штучною перешкодою ефективності її діяльності.

5. Влада, у т.ч. найбільш легістська і жорстка, тримається на згоді народу; при цьому неспроможність народу скинути владу (без іноземної допомоги) свідчить про те, що інститути влади розвинуті значно краще інститутів громадянського суспільства, тому їх домінування є цілком законотвірним.

6. Суверенітет — це основна генетична ознака держави, обмеження чи втрата якої робить самостійну державу васальною чи залежною територією (при цьому обмеження доречні щодо можливостей конкретних можновладців, наприклад, за допомогою введення моніторингу доходів і витрат, скасування імунітетів, домінування та невідчужуваності державної власності, що позбавить клептократів можливості її «приватизувати» тощо).

Викладені вище теоретичні міркування щодо необмеженого ества державного суверенітету на практиці далеко не завжди виливаються в тоталітаризм, оскільки лише змальовують загальні риси та максимальні потенційні можливості суверенної держави як універсального інституту політичної системи суспільства і головного інструменту забезпечення суспільного порядку і добробуту. В дійсності, безумовно, далеко не кожна держава має підстави та необхідність застосовувати найбільш жорсткі важелі управління, які актуалізуються, насамперед, за різних складних умов (криза, епідемії, розгул злочинності, війна, надзвичайний стан, надмірний тиск зсередини чи ззовні тощо).

Загалом, той факт, що глобалізація тлумачиться як низка процесів, що утворюють єдиний світ [1, 396], вказує на ту обставину, що нині світ є не одноманітним, а отже, багатограним чи багатополярним. Для з'ясування цих «полюсів» найбільш простою схемою видається поділ на три світи: «перший світ» — держави Заходу; «другий світ» — (колишні) держави соціалістичного блоку; «третій світ» — інші держави світу. Можлива також інша класифікація, наприклад, запропонована С. Хантінгтоном типологія культур, за якою

існують західна, латиноамериканська, буддійська, японська, синська, індуїстська, ісламська, православна, африканська цивілізації [10; 11].

При цьому, по-перше, кожна цивілізація цінна своєю історією, культурою, надбаннями, потенціалом та ін.; по-друге, очевидно, глобалізація тісно споріднена з «вестернізацією», адже основним її провідником є саме Захід, тож найбільшу вигоду уніфікація світу приносить саме йому.

У зв'язку з цим необхідно зазначити, що в умовах глобалізації має місце все більше зростання впливу міжнародних організацій (включаючи політичні, економічні та військові), ТНК та ін., що значно звужує суверенітет держави, обмежує її незалежність, а часто взагалі підриває її добробут шляхом зменшення можливостей держави щодо його забезпечення.

При цьому основними сферами буття суспільства і держави, які можуть зазнавати найбільшого негативного втручання, є: політико-правова, соціально-економічна і культурна. Спробуймо вказати на це детальніше.

Загалом, можна сказати, що вплив процесів глобалізації на політико-правову, соціально-економічну та культурну сфери проявляється в двох основних напрямках — теоретичному та практичному. На рівні теорії йдеться про популяризацію західних ідей, цінностей та схем на територіях держав «другого» та «третього» світів, на рівні практики — про спроби їх втілення. На жаль, часто це призводить до сумних наслідків — розпаду держав (наприклад, СРСР), виникнення різноманітних криз (наприклад, системної кризи в низці пострадянських держав), гуманітарної катастрофи (наприклад, падіння моралі та розповсюдження епідемій СНІДу і гепатиту С внаслідок поширення «свободи кохання», «свободи особистості», наркоманії) тощо.

Популярні нині ідеї демократії, ринкової економіки, прав людини та ін. досить часто сприймаються неналежним чином і служать руйнуванню традиційного ладу багатьох держав, включаючи й ті, що процвітають.

Негативні впливи процесів глобалізації на політико-правову сферу багатьох держав обумовлені багатьма факторами, насамперед, представленням демократії в якості єдиної належної схеми організації влади, прав людини — основною цінністю, міжнародних організацій — головним суддею, у т.ч. й у внутрішньодержавних питаннях.

При цьому ефективність демократії видається вельми спірною, зважаючи на властиві їй недоліки: а) змінюваність і нестабільність влади, що може завадити втіленню масштабних проєктів; б) можливість доступу до влади далеко не найкращих осіб; в) велика ймовірність необдуманих дій і хибного вибору; г) егоїзм владарюючої меншості; ґ) виборність влади, яка часто править, щоб догодити народу, навіть всупереч його справжнім інтересам; д) відсутність чіткої волі більшості як такої тощо [12, 29–44].

Зазначимо, що авторитаризм є виправданим і природним за умови краху старих соціальних структур, переходу до нових; він досить поширений (певні монархії, диктаторські режими, військові хунти і т.п.), що пояснюється низкою його позитивних можливостей, особливо при проведенні радикальних реформ: забезпечення порядку, проведення швидкої реорганізації соціальних

структур, концентрація зусиль і ресурсів для виконання конкретних завдань тощо [13, 30]. В. В. Бушанський підмітив, що, окрім негативних, авторитаризму властиві і позитивні риси, тому авторитарні важелі управління варто не ігнорувати, а використовувати [14, 593].

Стосовно прав людини слід вказати, що вони набувають реальності лише у разі закріплення їх офіційними джерелами права, тож, за великим рахунком, вони є похідними від держави. Більше того, філософське питання про «злу» чи «добру» природу людини, а відтак і про справедливість її наділення надмірними правами й досі залишається відкритим...

Діяльність міжнародних органів і організацій часто суперечить здоровому глузду та справедливості. Класичний приклад тому — рішення в 2009 р. Міжнародним судом ООН територіального спору між Румунією (з 2004 р. — члена НАТО, а з 2007 р. — члена ЄС) та Україною щодо острова Зміїний: не зважаючи на те, що острів Зміїний визнали-таки українським островом (а не скелею, як наполягала Румунія), на адекватність делімітації кордонів на користь України це не вплинуло — з 75 тис. км<sup>2</sup> шельфу навколо острова (багато-го нафтою та газом) Україні «виділили» лише 12 [15], при цьому Румунія вважає, що її інтереси задоволено на 79 % [16].

Окремої уваги заслуговують нещодавні події в Північній Африці. Будь-яка держава повинна мати природне право боротися з повстаннями і бунтами, оскільки останні є тяжким злочином, що посягає на державний лад і правопорядок. Відсутність такого права фактично підриває державність, оскільки в будь-якій країні можна легко розшукати кілька сотень чи тисяч невдоволених, які скандуватимуть антиурядові гасла, чинитимуть погроми та нападатимуть на представників влади і звичайних громадян.

Цікаво, що придушення масових безпорядків у Франції в 2005 р. сприймалося міжнародною спільнотою як законний захід офіційного уряду, тоді як аналогічні дії президента Єгипту Хосні Мубарака та голови лівійської джамахірії Муаммара Каддафі — як злочини кривавих тиранів. При цьому різноманітністю відрізняється доля керівників придушення повстань: Н. Саркозі, що був міністром внутрішніх справ Франції у 2005 р., став президентом Франції; президент Єгипту Х. Мубарак, який на 18 день заворушень пішов у відставку, зараз піддається судовому переслідуванню (за спробу організації наведення порядку та пацифікації бунтівників); М. Каддафі (та його сина), який до останнього намагався придушити бунт та забезпечити конституційний лад і порядок, було вбито після судилища.

Варто підкреслити, що бунт є злочинним посяганням проти держави, тому остання, з точки зору справедливості, доцільності і здорового глузду, вправі вживати заходів для його недопущення чи придушення. У зв'язку з цим постає питання: наскільки правомірним було втручання іноземних сил у внутрішні справи Лівії, тим більше не на боці офіційного і законного уряду?!

При цьому, якби М. Каддафі вдалося придушити бунт, склалася б ситуація, коли існує держава Лівія з офіційним законним урядом, яка не втручалася у внутрішні справи інших держав, не посягала на суверенітет інших держав, не

була агресором і т.п., проти якої, однак, сформовано військову коаліцію, яка вживала активних дій. Безумовно, така ситуація була би загрозою для миру і провокувала би війну.

Зазначимо, що судити про лівійські порядки за європейськими ідеями демократії, прав людини, ринкової економіки тощо так само некоректно, як вимагати від європейських жінок носіння паранджі і сповідання ісламу.

Все це переконливо засвідчує, що повстання, бунти, зміщення влади тощо є виключно внутрішньодержавними питаннями, при цьому втручання іноземних держав чи організацій (тим більше військового) є неприпустимим.

Загалом же, лівійським бунтівникам варто було би згадати слова видатного класика політико-правової думки Н. Макіавеллі: «Треба знати, що нема справи, влаштування якої є більш складним, ведення більш небезпечним, а успіх більш сумнівний, ніж заміна старих порядків новими» [17, 52], тим більше, що за показником ВВП на душу населення Лівія входила до третини найбільш успішних держав світу і практично перебувала на рівні багатьох країн Європи — Білорусі, Болгарії, Румунії, Словачії, Російської Федерації, Хорватії, Польщі, держав Прибалтики та ін. [18].

Безумовно, війна, зруйновані міста, промисловість та інфраструктура, тисячі вбитих і поранених, утворення нової влади (із невідомими якостями) не сприятимуть подальшому процвітанню Лівії, а відкинуть її далеко назад.

Також заслуговує на увагу вплив процесів глобалізації на соціально-економічну сферу та поширення західних уявлень про блага ринкової економіки, фритредерства, «мінімальної держави» тощо.

Невипадково дослідники О. С. Бендь та Л. Ю. Бондаренко зазначають, що «завдання збереження економічної безпеки за останні 10 років остаточно укріпило свій статус в якості основної функції держави», і прогнозують зростання ролі держави в умовах глобалізації [19, 8–9].

Насправді, ринкова економіка є далеко не єдиною ефективною моделлю, що підтверджується досвідом: а) деякі пострадянські держави, вельми далекі від ринкової економіки, а подекуди і демократії (Росія, Білорусь, Казахстан), практично не поступаються економічними показниками, зокрема ВВП на душу населення, багатьом європейським державам (Болгарія, Румунія, Польща, Словачія, Хорватія, країни Прибалтики) [18]; б) чимало держав світу мають вельми регульовану державною економіку із шаленими темпами зростання та є найбагатшими чи наймогутнішими (Китай, де економіка розвивається за п'ятирічними планами Комуністичної партії [20]; Саудівська Аравія [21], Катар [22], де панують абсолютні монархії, а держава зберігає монополію в енергетичному секторі — основі економіки та ін.); в) зрештою, нерегульована ринкова економіка може призводити до криз на зразок Великої депресії 1929–1933 рр. тощо.

Дослідник С. П. Сисягін вказує: «У західних країнах існує думка, що не всупереч, а саме завдяки широкому й умілому втручання держави в ринкові відносини багато країн досягли тих економічних і технологічних висот, на яких вони зараз знаходяться» [23, 24].

Тож, на нашу думку, вільна торгівля вигідна для тих держав, де національний виробник є достатньо потужним. Натомість у державах, де національний виробник перебуває на стадії становлення, відсутність державної підтримки може поставити хрест на його розвитку.

Так само концепція податків як головного джерела доходів держави має всі шанси вдало реалізуватися у багатих державах із потужним національним виробником, тоді як у бідних державах, де відсутній потужний національний виробник, податкові надходження будуть явно замалими.

Тож, вбачається, що сучасна держава повинна зберігати економічний суверенітет за допомогою адекватного регулювання економіки та присутності в ній досить потужного державного сектора. При цьому важливим завданням суверенної держави в сучасних умовах є забезпечення найбільш ефективного використання національного багатства в інтересах народу, збереження його монополії на природні ресурси та народне господарство, у т.ч. за допомогою загального контролю держави над народним господарством, протекціонізму, забезпечення позитивного зовнішньоекономічного сальдо, недопущення іноземців до контролю над національною промисловістю і ресурсами.

Культурна сфера також піддається впливам глобалізації, які можуть справляти як позитивний (краще взаєморозуміння різних народів, культурний обмін тощо), так і негативний ефект (нав'язування невластивих і руйнування традиційних цінностей, контроль над умами тощо). Сьогодні віяння чужоземних культур часто проявляються у «ненав'язливому» поширенні чужої ідеології (політичні, правові, суспільні ідеї, цінності, різні релігійні місії тощо), що має на меті здобуття контролю над душами людей та створення сприятливого клімату для економічної чи іншої експансії тощо.

Отже, резюмуючи викладене, слід зробити такі висновки:

1. Державний суверенітет є великим благом і цінністю, дає змогу державі здійснювати незалежну зовнішню і внутрішню політику в інтересах народу.
2. Державний суверенітет нині потребує посиленого захисту, насамперед у політико-правовому, соціально-економічному та культурному напрямках.
3. Найкращими гарантіями державного суверенітету є: а) в політико-правовому плані — могутні збройні сили, що мають ядерну зброю (в об'єктивному сенсі її поширення є шкідливим, бо загрожує людству, але в суб'єктивному — корисним, бо урівнює всі держави, великі і малі, що, у свою чергу, зменшує ймовірність війни), істинний суверенітет влади, її сила, потужні рівноправні міждержавні союзи тощо; б) в соціально-економічному плані — планомірне державне регулювання економіки, наявність у ній значного державного сектора, протекціонізм, позитивне зовнішньоекономічне сальдо, реальне володіння народом і державою національним багатством країни та його використання в інтересах загального добробуту тощо; в) у культурному плані — збереження і захист традиційних цінностей, національної самобутності та ідентичності на засадах консерватизму як підвалини стабільності і прогресивного розвитку і т.ін.

Перспективи подальшої розробки даної проблематики вбачаються у дослі-

дженні організаційних засад забезпечення державного суверенітету в умовах постмодерну та фундаментальних основ існування суверенної держави у сучасному глобалізованому світі.

### Література

1. Robertson R. *Globality, Global Culture, and Images of World Order // Social Change and Modernity*. — Berkeley, 1992. — P. 396.
2. Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли : [в 5 т.]. М. : Мысль, 1999. Т. 2. С. 689–695.
3. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Изд. Бр. Баншмаковых, Типо-лит. Т-ва И. Н. Кушнеревъ и Ко, 1911.
4. Оборотов Ю. П. Теория государства и права (прагматический курс) : экзаменационный справочник / Ю. Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 184 с.
5. Глобализация [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/Глобализация>.
6. Співак В. М. Суверенна держава у процесі глобалізації // Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. — 2006. — Вип. 41. — С. 666–674.
7. Кухта Б. Суверенітет // Політична наука. Словник: категорії, поняття і терміни / [Б. Кухта, А. Романюк, Л. Старецька та ін.]; за ред. Б. Кухти. — Л. : Кальварія, 2003. — С. 427.
8. Bodin, Jean. *Les six livres de la Republique*. — Lyon : de l'impr. de Jean de Tournes, 1579. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k536293/f2.image>.
9. Крижановський А. Ф. Етатистська парадигма і концепція сучасного правопорядку як вектори правового розвитку // Визначальні тенденції генезу державності і права : зб. наук. пр. міжнар. наук.-практ. конф. «Треті Прибузькі юридичні читання» / за ред. В. І. Терентьєва, О. В. Козаченка. — Миколаїв : Ліоп, 2007. — С. 125–129.
10. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон. — М. : АСТ, 2003. — 603 с.
11. Столкновение цивилизаций [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Столкновение\\_цивилизаций](http://ru.wikipedia.org/wiki/Столкновение_цивилизаций).
12. Керимов А. Д. Современное государство: вопросы теории / А. Д. Керимов. — М. : Норма, 2008. — 144 с.
13. Мадіссон В. В. Авторитаризм / В. В. Мадіссон, В. П. Горбатенко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко [та ін.]. — К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 1998. — Т. 1 : А–Г. — С. 30.
14. Бушанський В. В. Авторитаризм: pro et contra // Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. — 2007. — Вип. 36. — С. 590–597.
15. Кто проиграл в борьбе за Змеиный? // Комсомольская правда в Украине. — 2009. — 6 февр. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://kp.ua/daily/060209/71969/>.
16. Суд ООН решил спор вокруг острова Змеиный [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://news.bbc.co.uk/1/hi/russian/international/newsid\\_7867000/7867537.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/russian/international/newsid_7867000/7867537.stm).
17. Макиавелли Н. Государь; Рассуждения о первой декаде Тита Ливия / Н. Макиавелли. — СПб. : Азбука-классика, 2008. — 272 с.
18. Список стран по ВВП (ППС) на душу населения [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Список\\_стран\\_по\\_ВВП\\_\(ППС\)\\_на\\_душу\\_населения](http://ru.wikipedia.org/wiki/Список_стран_по_ВВП_(ППС)_на_душу_населения).
19. Бендь А. С. Трансформация функций современного государства в контексте критического осмысления последствий процесса глобализации / А. С. Бендь, Л. Ю. Бондаренко // Известия Волгоградского государственного технического университета. — 2006. — № 7. — С. 7–9.
20. Экономика Китайской Народной Республики [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Экономика\\_Китая](http://ru.wikipedia.org/wiki/Экономика_Китая). — Экономика Китайской Народной Республики.
21. Саудовская Аравия [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://ru.wikipedia.org/wiki/Саудовская\\_Аравия](http://ru.wikipedia.org/wiki/Саудовская_Аравия). — Саудовская Аравия.
22. Катар [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/Катар>. — Катар.
23. Сисягин С. П. Современные взгляды на государственное регулирование рынка // Ветеринарная патология. — 2005. — № 4. — С. 21–24.

### Анотація

*Джолос С. В.* Проблема державного суверенітету в умовах глобалізації: загальнотеоретичний аспект. — Стаття.

У статті з'ясовано єство та сутність державного суверенітету, визначено основні загрози державному суверенітету та засади його трансформації в умовах глобалізації; запропоновано загальнотеоретичні основи збереження і розвитку державного суверенітету у сучасних умовах та ін.

*Ключові слова:* глобалізація, суверенітет, держава, державний суверенітет, загальне благо, людство.

### Аннотация

*Джолос С. В.* Проблема государственного суверенитета в условиях глобализации: общетеоретический аспект. — Статья.

В статье установлены природа и сущность государственного суверенитета, определены основные угрозы государственному суверенитету и принципы его трансформации в условиях глобализации; предложены общетеоретические основы сохранения и развития государственного суверенитета в современных условиях и др.

*Ключевые слова:* глобализация, суверенитет, государство, государственный суверенитет, всеобщее благоденствие.

### Summary

*Dzholos S. V.* Problem of State Sovereignty under Conditions of Globalization: General Theoretic Aspect. — Article.

The nature and essence of state sovereignty were determined. Threats and peculiarities of state sovereignty transformation in the context of globalization were discovered. General theoretic positions of state sovereignty maintenance and development under the modern conditions were offered.

*Keywords:* globalization, sovereignty, state, state sovereignty, common welfare.

УДК 342.728(477)

*Т. В. Астахова*

### КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ: ДО ПОСТАНОВКИ ДОКТРИНАЛЬНИХ ПРОБЛЕМ

Прогресивний розвиток України як демократичної, правової держави, реалізація конституційного принципу політичної та ідеологічної багатоманітності (ст. 15 Конституції України), формування громадянського суспільства як політичної цінності, здатної через свої інституціональні формування (перш за все, через політичні партії) виконувати певні політико-соціальні функції об'єктивно потребують вдосконалення партійної системи, підвищення ролі та значення політичних партій як виразників різноманітних інтересів суспільства. Як слушно відмічається в юридичній літературі, «рівень розвитку демократії значною мірою залежить від рівня розвитку партій та політичної системи України» [1, 11].

Сфера політичної свободи людини в Україні юридично оформлюється в сукупності політичних прав і свобод, спрямованих на участь особи в політично-

му житті суспільства і держави. Основні з таких прав закріплені у Конституції України (ст. ст. 36, 38–40).

Політика є тією ланкою, яка тісніше, ніж всі інші чинники, пов'язує громадянське суспільство та державу. Саме через політику громадянське суспільство в цілому та кожна людина окремо мають прямий доступ до влади, оскільки політика тісно пов'язана з публічною владою. Роль політичних партій не можна ігнорувати, особливо в умовах, коли політика «стала справою вільних людей, що сприймають її не як правління (відносини між керівниками і керованими. — Д. Сарторі), а як самоврядування, демократію» (В. В. Речицкий).

В сучасному демократичному суспільстві політичні партії як інститути політичної системи та водночас інститути громадянського суспільства відіграють найважливішу роль, яка виявляється в наступних напрямках діяльності політичних партій: участь у виборах органів державної влади і місцевого самоврядування; робота представників партій в органах державної влади та місцевого самоврядування; сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, що передбачає сприяння формуванню та розвитку політичної та конституційної правосвідомості громадян. Ця діяльність політичних партій є необхідною передумовою формування демократичної, правової держави та розвинутого громадянського суспільства, а також їх взаємодії.

Роль політичних партій в сучасному суспільстві проявляється, перш за все, у тому, що політичні партії беруть участь у формуванні представницьких органів публічної влади. Так, політична партія є єдиним видом об'єднання громадян, яке володіє правом висувати кандидатів у народні депутати України (ст. 10, п. 3 ч. 1 ст. 12 Закону України від 17 листопада 2011 р. «Про вибори народних депутатів України» [2]). Відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону України від 10 липня 2010 р. «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» [3] право висування кандидатів у депутати та кандидатів на посаду сільського, селищного, міського голови належить громадянам України, які мають право голосу. Це право реалізується громадянами України через республіканські в Автономній Республіці Крим, обласні, районні, міські, районні у містах організації політичних партій (місцеві організації партій) або шляхом самовисування.

Поряд з участю у виборчому процесі політичні партії беруть участь у діяльності органів публічної влади. Зокрема, найважливішим видом діяльності політичних партій є їх парламентська діяльність, а також участь у роботі представницьких органів публічно-самоврядної влади.

Крім того, політичні партії, виконуючи свою конституційну функцію «сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян», здійснюють виховну діяльність, що спрямована на формування політичної, правової культури суспільства і особистості та політичної свідомості.

Так, науковці у сфері правової культури виокремлюють «виборчу правову культуру», функція моделювання якої виражається «у можливості формувати відповідні моделі виборчих систем (мажоритарну, пропорційну, змішану) та використовувати у ході ... виборів». Стосовно правової культури виборців вона

знаходить свій прояв «у моделі правомірної поведінки суб'єктів виборчих правовідносин (перш за все, поведінка у рамках правових приписів та поведінка, яка спрямована на захист порушених виборчих прав громадян)» [4, 95]. В сучасних умовах конституційних перетворень та в світлі майбутніх виборів у парламент України здійснення саме цієї функції політичними партіями набуває вельми важливого значення.

Наведені основні напрямки діяльності політичних партій визначають їх роль та значення в сучасному, демократичному суспільстві, що детермінує практичну необхідність ефективізації їх діяльності та удосконалення законодавства про політичні партії.

Ефективізація ролі політичних партій в суспільстві виявляється в необхідності розвитку політичної системи. Сучасний стан політичної системи України характеризується як нестабільний. Крім того, як показує практика, індекс нестабільності політичної системи в Україні має тенденцію до зростання. Таку негативну ситуацію обумовлено, передусім, недоліками партійної системи.

Конституційні засади існування багатопартійної політичної системи, принципи організації та діяльності політичних партій в Україні закріплено у ст. ст. 15, 36, 37 Основного Закону держави, а саме: політична багатоманітність; свобода політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України; право громадян України на свободу об'єднання у політичні партії; визначення основних функцій політичних партій, зокрема, сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян та участь у виборах; членами політичних партій можуть бути лише громадяни України; закріплення норми, що обмеження щодо членства у політичних партіях встановлюються виключно Конституцією і законами України.

Стаття 12 Закону України від 5 квітня 2001 р. «Про політичні партії в Україні» (далі — Закон України «Про політичні партії в Україні») [5] передбачає широкий спектр прав політичних партій, що надає їм можливості брати активну участь у громадському та державному житті країни. Так, політичні партії мають право: 1) вільно провадити свою діяльність у межах, передбачених Конституцією України та законами України; 2) брати участь у виборах Президента України, до Верховної Ради України, до інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб у порядку, встановленому відповідними законами України; 3) використовувати державні засоби масової інформації, а також засновувати власні засоби масової інформації, як передбачено відповідними законами України; 4) підтримувати міжнародні зв'язки з політичними партіями, громадськими організаціями інших держав, міжнародними і міжурядовими організаціями, засновувати (вступати між собою у) міжнародні спілки з додержанням вимог Закону; 5) ідейно, організаційно та матеріально підтримувати молодіжні, жіночі та інші об'єднання громадян, подавати допомогу у їх створенні. Крім того, політичним партіям гарантується свобода опозиційної діяльності, у тому числі: можливість викладати публічно і обстоювати свою позицію з питань державного і суспільного життя; брати участь в обговоренні та оприлюднювати і обґрунтовувати критичну оцін-

ку дій і рішень органів влади, використовуючи для цього державні і недержавні засоби масової інформації в порядку, встановленому законом; вносити до органів державної влади України та органів місцевого самоврядування пропозиції, які обов'язкові для розгляду відповідними органами в установленому порядку.

Демократичність цих положень не викликає сумнівів. Діяльність різних політичних партій повинна служити розвитку демократії, ідеологічного плюралізму та бути завадою встановленню панування влади однієї партії.

Політична сучасність України відрізняється великою кількістю політичних партій та тенденцією їх поступового збільшення. Так, наприкінці 2000 р. їх було 79, а станом на квітень 2012 р., за даними Мін'юсту України, зареєстровано 199 політичних партій [6]. Як свідчить практика, збільшення кількості політичних партій не є покращанням політичної ситуації в країні та ефективізацією політичної системи. У цьому випадку кількість не означає якість. Крім того, девальвується реальна роль та значення політичних партій в суспільстві, тоді як політичні партії повинні бути сполучною ланкою між громадянським суспільством та державою, оскільки, з одного боку, вони є інститутом громадянського суспільства, а з іншого — важливим елементом політичної системи. Як слушно зазначає В. І. Кафарський, не будучи інститутом державної влади, вони «функціонально включені в систему державно-політичних відносин» [7, 26].

Політичні партії мають бути виразниками інтересів соціальних спільнот. Але, як зазначено в юридичній літературі, на сьогодні абсолютна більшість політичних партій в Україні поки що далека від свого основного призначення — бути виразником інтересів соціальних груп і представляти їх на державному рівні. Політичні партії, на жаль, обслуговують не суспільні, а, передусім, вузько групові чи навіть персональні інтереси [8, 213]. Більшість політичних партій створюється не з метою, визначеною в Конституції, тобто формувати політичну волю громадян та бути її виразником, а виходячи з інших власних інтересів. Підтвердженням цього є те, що в політичній боротьбі партії спираються не на підтримку суспільства, а на виборчі технології. Крім того, більшість політичних партій мають схожі ідейно-політичні платформи. Зростає кількість нечисленних політичних партій, що також ставить під сумнів те, що вони виражають або здатні виражати та обстоювати певну «політичну волю громадян», з цього приводу слушним є висновок про недостатність в сучасному суспільстві «партій соціального прогресу» [9, 42]. Крім того, як зазначається в юридичній літературі, вітчизняні політичні партії мають «недемократичний внутрішній лад» [10, 19].

Існують приклади створення політичних партій з порушенням законодавства. Так, Міністерство юстиції України ініціює перевірку виконання засновниками політичних партій ст. 10 Закону України «Про політичні партії в Україні», згідно з якою рішення про створення політичної партії має бути підтримано підписами не менше ніж 10 тис. громадян України, які відповідно до Конституції мають право голосу на виборах, зібраними не менш як у двох

третинах районів не менш як двох третин областей, міст Києва і Севастополя та Автономної Республіки Крим. У зв'язку з надходженням численних скарг про порушення збирання зазначених підписів, Мін'юст мав намір передавати до науково-дослідних установ судових експертиз списки підписів громадян України, зібраних на підтримку рішення про створення політичних партій, документи на реєстрацію яких будуть надходити до Міністерства [11]. Ці факти свідчать, що деякі партії не тільки не мають відповідної підтримки суспільства та не є виразниками суспільних інтересів, але й є «бутафорними». Водночас у цьому контексті слушною є позиція Європейського суду з прав людини щодо обмеження права на об'єднання: відповідні обмеження повинні бути передбачуваними, не надавати державним органам значний ступінь дискреції у вирішенні питання про реєстрацію об'єднання, відповідати критерію нагальної суспільної необхідності і бути переконливими [12]. Зазначене надає можливість робити висновок про необхідність приведення процедури реєстрації партій у відповідність до європейських стандартів [13, 155].

Безумовно, з часом кількість політичних партій має значно зменшитися у зв'язку з підвищенням рівня політичної культури, розробленням відповідної ідеологічної бази, утвердженням прав фракційності тощо. У результаті з десятиків партій залишиться декілька, що матимуть реальну вагу. Думається, що формування та посилення ролі «вагомих» партій — тих, що мають найбільшу підтримку в суспільстві, буде проявом удосконалення політичної системи, зокрема, сформованості багатопартійності, оскільки саме такі партії спроможні стати головним осередком, де акумулюється політичний потенціал суспільства.

Наведене свідчить про необхідність удосконалення чинного законодавства про політичні партії. Втім удосконалення конституційно-правового регулювання організації та діяльності політичних партій не буде мати позитивного ефекту, якщо положення конституційного законодавства не будуть виконуватися. Неухильне дотримання Конституції та законів України — необхідна умова ефективного функціонування політичної системи.

Звідси, у контексті дослідження діяльності політичних партій та їх ролі в сучасному демократичному суспільстві, актуалізується питання відповідальності політичних партій. Так, виходячи з функцій політичних партій, їх ролі та значення у сучасному демократичному суспільстві, відповідальність політичних партій має носити, передусім, конституційно-правовий характер. Втім в сучасній конституційно-правовій науці не вирішено питання щодо відповідальності політичних партій за конституційним правом та проблемним залишається питання щодо співвідношення політичної та конституційно-правової відповідальності. Крім того, як слушно відмічається в юридичній літературі «ще одним проблемним аспектом законодавства (про політичні партії. — Т. А.) є відсутність ефективних та превентивних санкцій за порушення партіями законодавства», при цьому доводиться, що «більш дієвим механізмом забезпечення дотримання партіями вимог законодавства могло б бути застосування санкцій у вигляді штрафів» [13, 158].

З урахуванням зазначеного, а також виходячи з системного аналізу конституційних положень, положень чинного законодавства про політичні партії, а також враховуючи конституційні та політико-правові реалії, можна окреслити такі загальні напрями удосконалення чинного законодавства про політичні партії, а саме: по-перше, слід законодавчо закріпити функції політичних партій, виходячи з їх конституційної мети та ролі у суспільстві; по-друге, визначити мінімальне число членів партії, потрібне для її легалізації; по-третє, окреслити джерела їх фінансування для того, щоб відокремити політичні партії від бізнесу; по-четверте, привести правове регулювання порядку створення та діяльності політичних партій до європейських стандартів; по-п'яте, вирішити проблемні питання щодо відповідальності політичних партій за порушення вимог чинного конституційного законодавства.

Аналіз положень Конституції України, а також законодавства про політичні партії в Україні, визначення місця та ролі політичних партій в сучасному демократичному суспільстві надає можливості зробити висновок про обґрунтованість та доктринальну значущість виокремлення у системі конституційного права України групи норм, що регулюють порядок створення, організацію та діяльність політичних партій в Україні, в самостійний конституційно-правовий інститут політичних партій.

Сучасний етап політико-правових перетворень в Україні потребує не тільки вдосконалення партійної системи, підвищення ролі та значення політичних партій як виразників різноманітних інтересів громадянського суспільства, ефективізації їх діяльності, удосконалення законодавства про політичні партії (що належить до вдосконалення суб'єктного, функціонального та нормативного структурних елементів політичної системи суспільства), вирішення інших проблем конституційно-правового регулювання організації та діяльності політичних партій в Україні (зокрема, вирішенню цієї наукової проблеми присвячено дисертаційне дослідження В. І. Кафарського [14]), але й удосконалення ідеологічного структурного елемента цієї системи.

Ідеологічна діяльність політичних партій має важливе значення у процесі формування суспільно-політичних поглядів громадян, реалізації партійних програм тощо. Звідси важливим є формування політичної свідомості як розуміння суспільством самого себе як політичної цінності, здатної через свої інституціональні формування (через політичні партії) виконувати певні політико-соціальні функції. Крім того, важливого значення набуває формування політичної свідомості та політичної культури не тільки суспільства, але і кожної людини. Підвищення рівня політичної культури, розвиток політичної свідомості безпосередньо пов'язані з формування конституційної правосвідомості, особливістю якої є те, що «вона формується на стику правової і політичної свідомості...» [15, 328].

Концепт конституційної правосвідомості виконує важливі морально-політичну і духовно-світоглядну функції, беручи участь у відтворенні конституційної реальності через визначення місця і ролі людини в структурах сучасного громадянського суспільства та демократичної, правової держави.

Процес створення та ефективність дії представницьких органів державної влади буде успішнішим при свідомому ставленні індивіда, соціальної групи, суспільства в цілому до конституції як до основного закону, до її ролі у правовому регулюванні суспільних відносин, до конституційних цінностей. Тому велике значення має конституційна правосвідомість як особливий вид правової свідомості.

В сучасних умовах однією з важливих проблем є необхідність удосконалення механізму формування конституційної правосвідомості. При цьому, однопорядкове значення мають процеси формування непрофесійної конституційної правосвідомості в особи (людини та громадянина) і формування адекватної ідеям конституціоналізму професійної правосвідомості. Так, сучасний період конституційних перетворень в Україні передбачає необхідність адекватного рівня конституційної правосвідомості не тільки у представників влади, політичної і юридичної еліти, але й у громадян, їх активну, свідому участь у суспільно-політичних процесах, здатність компетентно контролювати діяльність владних структур, брати активну участь у процесах формування органів публічної влади, інститутів громадянського суспільства. Для того, щоб принципово змінити ставлення громадян до конституційно-правових цінностей, слід вирішити ряд проблем не тільки теоретичного, але, передусім, практичного рівня щодо вдосконалення правового виховання й підвищення конституційної та політико-правової культури в суспільстві. Звідси особливе значення має неприпустимість деформації конституційної правосвідомості. Для цього необхідним є визначення конституційної правосвідомості та встановлено відповідних стандартів, відступ від яких можна буде розглядати як деформацію правосвідомості. Зокрема, вдалим є визначення конституційної правосвідомості як «вищої форми правової свідомості, що відображає ставлення індивіда, колективу, суспільства в цілому як до положень Основного Закону та інших чинних конституційно-правових актів, так і до практики їх реалізації, а також до бажаних змін конституційно-правових інститутів, так само як і до сучасних конституційних цінностей» [16]. Критеріями ідеального (стандартного) типу конституційної правосвідомості є принципи конституціоналізму, які повинні відбиватися в конституційному законодавстві.

Структуру правової свідомості традиційно представлено у вигляді двох елементів: правової ідеології та правової психології.

Основні ідеологічні постулати відображено в конституції держави, яка позначає як досягнутий рівень розвитку суспільства, так і ті цілі й завдання, які належить досягти й вирішити. Конституція — це не тільки нормативно-правовий акт, що має особливі юридичні властивості, але й ідеологічний документ, що здійснює ідеологічну функцію, в рамках якої можна виокремити світоглядну і виховну підфункції. При цьому конституція як ідеологічний документ виходить із презумпції, що цілі суспільства є завданнями держави. Адекватне відображення суспільних цілей у конституції припускає наявність адекватної конституційної ідеології [17, 114]. Незважаючи на оголошену на початку 90-х рр. минулого століття ідею деідеологізації держав на

пострадянському просторі і часткове її сприйняття сучасною Україною, що мало своє вираження у закріпленні на конституційному рівні ідеологічної різноманітності (ст. 15 Конституції України), певні духовні та ідеологічні цінності відображено в Основному Законі держави. Деідеологізація у цьому випадку виявилася засобом «розчищення» ідеологічного ґрунту для утвердження нових світоглядних ідей. Ідеологічний плюралізм справедливо розглядається як одна із сторін духовного життя суспільства, яке повинне мати конституційні основи [18, 222–225].

Конституція не може не містити певних ідеологічних (світоглядних) переконань. Як підкреслює Н. О. Боброва: «Конституція — «згусток» державних і суспільних ідей, які держава і суспільство (через референдум) проголошують основними» [17, 114]. Кожна норма конституції пронизана певним духом, ідеями, сприйнятими суспільством на певному етапі його розвитку. Саме конституційні ідеї і принципи є засадами єдиної національної конституційної ідеології, покликаної служити інтересам українського народу.

Конституційно-правова ідеологія повинна враховувати відповідну національну ідею, виходячи з того, що основною її функцією є функція консолідації та інтеграції українського народу. Правильним є твердження, що «національна ідея — це певний суспільно-політичний ідеал нації, який є найбільш досконалою моделлю національно-державного устрою і найповніше відповідає її традиціям, устремлінням, культурно-психологічним настановам, забезпечуючи подальший розвиток» [19, 5]. Ці фактори мають суттєво впливати на формування «своїх ідеологій» («певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку», відповідно до ст. 2 Закону України «Про політичні партії в Україні») кожної політичної партії з метою досягнення консолідації суспільства та виконання основної конституційної функції політичних партій — «сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян» (ч. 2 ст. 36 Конституції України).

Наведений конституційно-правовий аналіз діяльності та ролі політичних партій в сучасній Україні не претендує на завершеність, але ставить на порядок денний проблемні питання, необхідність вирішення яких актуалізується в сучасних умовах конституційних перетворень в Україні з метою формування демократичної, правової держави та розвинутого громадянського суспільства.

### Література

1. Кафарський В. Політичні партії і уряд: проблеми правової регламентації в умовах політичної реформи // *Право України*. — 2006. — № 4. — С. 11–15.
2. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 17 листоп. 2011 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 2011. — № 10 (10–11). — Ст. 73.
3. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10 лип. 2010 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 2010. — № 35 (35–36). — Ст. 491.
4. Артамонова Н. В. Политические партии в контексте развития правовой культуры избирателей // *Право и политика*. — 2007. — № 8. — С. 92–96.
5. Про політичні партії в Україні : Закон України від 5 квіт. 2001 р. // *Відомості Верховної Ради України*. — 2001. — № 23. — Ст. 118.

6. Єдиний реєстр громадських формувань [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua>.
7. Кафарський В. І. Конституційно-правове регулювання організації та діяльності політичних партій в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / В. І. Кафарський. — К., 2010. — 36 с.
8. Гасва Н. П. Місце та роль політичних партій у системі безпосередньої демократії // Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. До 10-ї річниці незалежності України. — К., 2001. — Розд. 6. — С. 206–247.
9. Воловик В. Партій багато — партій соціального прогресу нема // Віче. — 2003. — № 10. — С. 42–46.
10. Лемак В. Політичні партії як інститут громадянського суспільства: проблеми правового регулювання в Україні // Право України. — 2010. — № 7. — С. 18–23.
11. Мін'юст перевірятиме засновників політичних партій щодо сумлінності дотримання законодавства // Дайджест новин 2009.07.07., УКРІНФОРМ: 2009.0007.07. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [info@ukrinform.com](mailto:info@ukrinform.com).
12. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Корецький та інші проти України» (заява № 40269/02) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.nau.ua>.
13. Ковриженко Д. Законодавче регулювання політичних партій: основні проблеми та напрями змін // Вибори та демократія. — 2010. — № 2–3. — С. 155–159.
14. Кафарський В. І. Конституційно-правове регулювання організації та діяльності політичних партій в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / Кафарський Володимир Іванович. — К., 2010. — 471 с.
15. Кравец І. А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики) / И. А. Кравец. — М. ; Новосибирск : ЮКЭА, 2002. — 358 с.
16. Барінов Є. Є. Конституційне правосвідомість в Російській Федерації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 [Електронний ресурс] / Є. Є. Барінов. — Ростов н/Д, 2001. — 23 с. — Режим доступу : [www.law.edu.ru](http://www.law.edu.ru).
17. Боброва Н. А. Конституційний стрій і конституціоналізм в Росії / Н. А. Боброва. — М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон і право, 2003. — 264 с.
18. Хабрієва Т. Я. Теорія сучасної конституції / Т. Я. Хабрієва, В. Е. Чиркин. — М. : НОРМА, 2007. — 320 с.
19. Костицький В. Економічний патріотизм як складова національної ідеї в умовах глобалізації // Право України. — 2006. — № 12. — С. 3–8.

### Анотація

*Астахова Т. В.* Конституційно-правовий аналіз діяльності політичних партій в сучасній Україні: до постановки доктринальних проблем. — Стаття.

У статті розкривається зміст діяльності та роль політичних партій в демократичному суспільстві. Аналізуються положення чинного законодавства про політичні партії та практика діяльності політичних партій в сучасній Україні. На основі системного аналізу законодавчих положень та з урахуванням конституційних та політико-правових реалій робиться висновок про необхідність ефективізації діяльності політичних партій та пропонуються основні напрямки удосконалення чинного законодавства про політичні партії.

*Ключові слова:* політична партія, вибори, партійна система, політична культура, виборча політична культура, конституційна правосвідомість, конституційні перетворення в Україні.

### Аннотация

*Астахова Т. В.* Конституционно-правовой анализ деятельности политических партий в современной Украине: к постановке доктринальных проблем. — Статья.

В статье раскрывается содержание деятельности и роль политических партий в демократическом обществе. Анализируются положения действующего законодательства о политических партиях и практика деятельности политических партий в современной Украине. На основе системного анализа законодательных положений, а также с учетом конституционных и политико-правовых реалий делается вывод о необходимости эффективизации деятельности политических партий и предлагаются основные направления усовершенствования действующего законодательства о политических партиях.

*Ключевые слова:* политическая партия, выборы, партийная система, политическая культура, избирательная политическая культура, конституционное правосознание, конституционные преобразования в Украине.

### Summary

*Astakhova T.* Constitutional and Legal Analysis Of the Political Parties' Activity in Modern Ukraine: the formulation of doctrinal problems. — Article.

The article outlines the content and role of political parties in a democratic society. The author analyzes the current legislation on political parties and the practice of political parties' functioning in modern Ukraine. The article contains theoretical and practical recommendations aimed to improve the existing legislation on political parties.

*Keywords:* political parties, elections, party system, political culture, electoral political culture, constitutional order, constitutional reform in Ukraine.

УДК 340.111.5

Л. А. Гаманюк

### СООТНОШЕНИЕ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА И ЮРИДИЧЕСКОЙ ОБЯЗАННОСТИ

Гарантии сохранности индивидуальных благ и интересов возможны лишь в условиях организованного общежития, где права каждого индивида соседствуют с его обязанностями, а равно — с правами и обязанностями других лиц. Заметим, что обеспечиваются и защищаются государственной властью права на жизнь, здоровье, честь, достоинство, собственность и т.д. Вместе с тем, устанавливается обязанность граждан уплачивать налоги и сборы, которые отчасти идут на содержание государственного аппарата.

Естественность обязанностей их неразрывная связь с правами доказана веками существования человеческих цивилизаций. Вспомним римские правила: *do ut des, do ut facias* (я даю, что вы можете дать, я даю, чтобы сделать), в которых заложен огромный нравственный и юридический смысл. Именно такие и подобные установки привели к кристаллизации «золотого правила нравственности» [1, 66] — поступай так по отношению ко мне, как ты хотел бы, чтобы я поступал (выполняй свои обязанности для реализации моих прав и тогда ты сможешь надеяться на мое ответственное поведение, т.е. на реализацию своих прав). Данные поведенческие установки настолько естественны, что нашли закрепление в базовых заповедях мира (Махабхарата — V век до н.э.; учение Конфуция — IV–V вв. до н.э.; Библия и Коран) [2, 57].

Правовые нормы реализуются посредством правоотношений, где выражается связь субъективных прав и юридических обязанностей. Между субъективным правом и юридической обязанностью существует модельная категорическая, императивная связь управомоченного и обязанного субъектов. Содержание этой связи выражено в требовании, обращенном к обязанному лицу совершить определенные действия либо воздержаться от них.

Социальная ценность субъективных прав и юридических обязанностей заключается в том, что они выступают важнейшими компонентами правового статуса личности, характеризуют состояние демократии, уровень развития правосознания и правовой культуры граждан и всего общества, имеют прямое отношение к законности и порядку и дисциплине. Иными словами, субъективное право и юридическая обязанность выполняют многоцелевую функцию в обществе, а их рассмотрение составляет актуальную проблему.

В юридической литературе теоретическая разработка соотношения субъективного права и юридической обязанности, многие конструктивные пояснения, во многом разделяемые нами, даны в трудах С. С. Алексеева, А. В. Малько, Н. И. Матузова, В. А. Федосенко и других ученых.

Поскольку обеспеченность субъективного права соответствующей юридической обязанностью является необходимостью, требованием эффективности функционирования правовой системы, постольку юридическая практика стремится реализовать данную необходимость. Благодаря юридической деятельности должное переходит в сущее. В этой связи юридическая деятельность, по сути, напрямую связана с соотношением субъективного права и юридической обязанности.

Когда кто-либо имеет субъективное право, то неизбежно на ком-то другом лежит юридическая обязанность если и не совершать какие-либо действия, то необходимо не препятствовать действиям носителя права, признавать их. И наоборот: если лицо несет юридическую обязанность, значит, есть другое лицо, которое обладает правом и может требовать исполнения этой обязанности [3, 75].

Определение субъективного права исключительно как возможности требовать должного поведения от обязанных лиц или как притязания преодолевается нахождением его действительного места в соотношении с другими элементами, составляющими содержание субъективного права. Назначение юридической обязанности — дать возможность осуществиться субъективному праву, ибо последнее не может быть без этого реализовано. Возможность требовать определенных действий от обязанного субъекта вплоть до применения государственного принуждения является хоть и не главным, однако необходимым признаком субъективного права. При этом совсем не обязательно то, чтобы притязание на самом деле имело место, достаточно, чтобы оно сохранялось как возможность. Субъективные права и юридические обязанности также можно трактовать как «переходные» или промежуточные между субъективными правами и юридическими обязанностями или как обладающие признаками и тех и других. Например, субъективные права и юридические обязанности юридических лиц могут перерасти в полномочия. Факт наличия у государственных органов и других субъектов правового пространства также полномочий, наряду с субъективными правами и юридическими обязанностями, имеет значение для характеристики соотношения последних между собой. Соотношение субъективного права и юридической обязанности характеризуется принципом единства и противоположности. Действие данного принципа наблюдается в рамках правоотношений, где происходит своеобразное «сцепление» субъективного права

одного субъекта с юридической обязанностью другого субъекта. В таком случае субъективное право и юридическая обязанность предстают как некое единство и целостность, объединяющая стороны правоотношения, разных субъектов. Несколько другое проявление принципа единства и противоположности субъективного права и юридической обязанности в правовой системе можно наблюдать применительно к правовому статусу государственных органов, особенно органов исполнительной власти, когда их полномочия также предстают как единство субъективного права и юридической обязанности. Здесь наблюдается даже более глубокое единство субъективного права и юридической обязанности, в рамках компетенции.

Можно предположить возможность различной конфигурации, неодинакового сочетания субъективных прав и юридических обязанностей в том или ином правовом отношении. Условно можно выделить три варианта соотношения субъективных прав и юридических обязанностей: полная полярность; взаимопроникновение и некоторое совмещение права и обязанности в их отдельных структурных элементах; совмещение (тождество) субъективного права и юридической обязанности.

Можно предположить, что совершение того или иного действия становится одновременно правом лица и его обязанностью перед другим конкретным субъектом. Доминировать в конкуренции соотношения субъективных прав и юридических обязанностей будет обязанность лица, а право необходимо для того, чтобы позволить гражданину (организации или должностному лицу) иметь дополнительную возможность выполнить эту обязанность, т.е. добиться реальной осуществимости обязанности в силу естественных прав и свобод либо в силу функционального назначения органа (организации) или должностного лица [4, 48].

На стадии правового статуса субъективные права и юридические обязанности существуют раздельно. Благодаря этому становится возможным отделить субъективные права от юридических обязанностей. Но все это происходит до того момента, когда возникает правоотношение. Здесь формируется связь, в которой разделение, противопоставление субъективных прав и юридических обязанностей невозможно. Основы противопоставления исчезают, и, если разорвать субъективные права и юридические обязанности, оборвется вся мотивация правовой деятельности [5, 71].

Субъективное право и юридическая обязанность являются структурными элементами правоотношения, образующими его содержание, и обычно подразделяются на материальный, волевой и юридический вид отношений.

Материальными, или фактическими являются те общественные отношения, которые опосредуются правом; волевые — государственная воля, воплощенная в правовой норме и в возникшем на ее основе правоотношении, а также волевые акты его участников; юридическое содержание образуют субъективные права и обязанности сторон (субъектов) правоотношения [6, 399].

Соотношение между субъективным правом и юридической обязанностью в правовой системе далеко не однозначно и не исчерпывается единством субъек-

тивного права и юридической обязанности разных субъектов в рамках правоотношений. Можно различать два состояния соотношения субъективного права и юридической обязанности как парных категорий в правовой системе. Во-первых, это субъективное право и юридическая обязанность в рамках правоотношения, как его элементы. Они возникают, изменяются и прекращаются как принадлежащие участникам или сторонам правоотношений, образуют само правоотношение, являются показателями наличия правоотношения, взаимодействия и коммуникации субъектов правового пространства. Во-вторых, это субъективные права и юридические обязанности, которые возникают, изменяются и прекращаются в процессе определения и закрепления правового статуса субъектов. Если субъективные права и юридические обязанности в составе правового статуса субъектов возникают, изменяются и прекращаются в процессе правотворческой деятельности государства, то субъективные права и юридические обязанности как элементы правоотношения возникают, изменяются и прекращаются в процессе правоприменительной деятельности государства и иных субъектов.

Субъективное право и юридическая обязанность играют активную роль, связанную с практической деятельностью людей. Находящиеся в нераздельном единстве субъективные права и обязанности имеют и самостоятельное значение, которое касается главным образом правоотношений активного типа. Именно здесь юридическая обязанность (своей активной частью) выходит за пределы правовой связи как таковой и непосредственно соотносится с интересом управомоченного. Иную картину можно наблюдать в правоотношениях пассивного типа, где юридическая обязанность (обязанность пассивного поведения) имеет чисто оградительное значение и находится внутри правовой связи, тогда как субъективное право своей активной частью, т.е. правомочиями на активные действия, выходит за границы собственно правовой связи.

Юридические обязанности относятся к той стороне правового регулирования, которая характеризует требования к субъектам права. Если субъективные права воплощают начала социальной свободы и отсюда активности, инициативы, самостоятельности субъектов, то юридические обязанности выражают другое начало, лежащее в основе правовых предписаний.

Юридические обязанности, как и субъективные права, носят субъективный характер, принадлежат субъектам и в известной мере зависят от их воли и сознания, особенно в смысле реализации. Безличных, абстрактных никому не принадлежащих обязанностей не существует. Принудительный момент в юридических обязанностях наиболее наглядно отличает их от субъективных прав, осуществлять которые нельзя «заставить» вопреки воле их носителей. Это свойственно лишь обязанностям, без которых невозможно обеспечить нормальное функционирование общества [7, 35].

Юридические обязанности — тот участок механизма юридического воздействия, через который субъективные права, связываются с государственным принуждением, с юридическими санкциями. Реально государственное принуждение в области права применяется за неисполнение той или иной правовой

обязанности. Эта связь раскрывает, в частности, юридический, государственно-властный характер субъективного права.

Если рассматривать общее понятие юридической обязанности, т.е. обязанности вообще, то нужно указать и на третью необходимость — обязанность отвечать, т.е. претерпевать государственно-принудительное воздействие за совершенное правонарушение, которое, как и притязание, носит потенциальный характер. Поэтому осуществление субъективных прав и исполнение обязанностей — это проведение их в жизнь путем превращения в действительность возможности и необходимости определенного поведения сторон правоотношения [8, 103–104].

Субъективное право — мера дозволенного поведения, а обязанность, в свою очередь, мера требуемого поведения субъекта.

К обязанностям можно отнести, например, исполнение должностной обязанности в соответствии с должностным регламентом; исполнять поручения соответствующих руководителей, данные в пределах их полномочий; соблюдать при исполнении должностных обязанностей права и законные интересы граждан и организаций; соблюдать служебный распорядок государственного органа; поддерживать уровень квалификации, необходимый для надлежащего исполнения должностных обязанностей; беречь государственное имущество, в том числе, предоставленное субъекту для исполнения должностных обязанностей. Для служащих также законодательством Украины установлены определенные ограничения и запреты, являющиеся, по сути, теми же правами и обязанностями. Они касаются таких сфер, как надлежащий уровень дееспособности, осуждения по приговору суда и наличия судимости, физического состояния, состояния близкого родственника или свойства, гражданства, представления подложных документов и т.д.

Субъективное право и юридическая обязанность совместно выступают в процессе регулирования общественных отношений, чем обеспечивают определенный баланс. При нарушении данного баланса невозможна реализация права [9, 22].

Как и субъективные права, юридические обязанности могут возникать в результате того или иного решения правоприменительного органа. Юридические обязанности, как и субъективные права, — показатели приемлемости определенных вариантов поведения, которые в каждый исторический период нужны обществу.

Юридическая обязанность, субъективное право — мощные рычаги правового воздействия на общественные отношения [10, 26]. Нарушение юридических обязанностей ведет к нарушению субъективных прав.

Юридическая обязанность, как и субъективное право, всегда имеет нормативное закрепление, однако, в отличие от субъективного права, обязанность подразумевает не возможность совершения определенных действий, а необходимость действовать должным образом, причем рамки требуемого поведения строго ограничены для субъекта конкретного правоотношения. Необходимость действовать определенным образом, помимо своей легитимности, имеет и дру-

гие гарантии ее реализации: обеспеченность определенными правовыми мерами государственного воздействия. Это связано с такими чертами юридической обязанности, как ее безусловность и конкретность [11, 797–798].

На основании изложенного можно заключить, что субъективное право — это мера дозволенного поведения субъекта, а юридическая обязанность — мера требуемого поведения субъекта; соотношение субъективного права и юридической обязанности характеризуется принципом единства и противоположности; субъективное право и юридическая обязанность имеют нормативно-правовое закрепление и связаны с юридической деятельностью.

Выделяют три варианта соотношения субъективных прав и юридических обязанностей: а) полная полярность; б) взаимопроникновение; в) тождество.

### Литература

1. Обухов В. Л. Линки морали. Введение в этику : учеб.-науч. пособие / под ред. В. Л. Обухова. СПб., 1996. — 189 с.
2. Бойко А. И. О естественности правовых обязанностей и некорректности возмездия субъективных прав // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 1. С. 54–67.
3. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 1999. — 712 с.
4. Вавилин Е. В. Осуществление субъективных гражданских прав и исполнение субъективных гражданских обязанностей: единство и взаимодействие // Вестник Российской правовой академии. 2009. № 2. С. 45–48.
5. Федосенко В. А. Субъективные публичные права и юридические обязанности в составе правоотношения: сущность и взаимодействие // Право и образование. — 2008. — № 11. — С. 62–75.
6. Матузов Н. И. Теория государства и права : учебник / Н. И. Матузов, А. В. Малько. — М., 2005. — 541 с.
7. Хохлова Е. М. Субъективное право и обязанность как юридическое содержание правоотношения // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 1. С. 33–36.
8. Тархов В. А. Советское гражданское право / В. А. Тархов. — Саратов, 1978. — 230 с.
9. Федосенко В. А. Субъективные публичные права и юридические обязанности в составе правоотношения // Право и государство: теория и практика. — 2007. — № 1. — С. 15–23.
10. Малько А. В. Законный интерес и юридическая обязанность: аспекты соотношения // Юридический мир. 2007. № 3. С. 21–28.
11. Кирсанова А. В. О правах и обязанностях субъектов правоотношений юридической ответственности // Право и политика. — 2009. — № 4. — С. 794–799.

### Аннотация

**Гаманюк Л. А.** Соотношение субъективного права и юридической обязанности. — Статья.

Субъективное право и юридическая обязанность являются структурными элементами правоотношения, образующими его содержание. Юридические обязанности, как и субъективные права, носят субъективный характер, принадлежат субъектам и в известной мере зависят от их воли и сознания, особенно в смысле реализации. Соотношение между субъективным правом и юридической обязанностью в правовой системе далеко не однозначны и не исчерпываются единством субъективного права и юридической обязанности разных субъектов в рамках правоотношений.

**Ключевые слова:** субъективное право, юридическая обязанность, полярность, взаимопроникновение, тождество.

### Анотація

**Гаманюк Л. О.** Співвідношення суб'єктивного права та юридичного обов'язку. — Стаття.

Суб'єктивне право і юридичний обов'язок є структурними елементами правовідносин, утворюють його зміст. Юридичні обов'язки, як і суб'єктивні права, носять суб'єктивний характер,

належать суб'єктам і певною мірою залежать від їхньої волі і свідомості, особливо в сенсі реалізації. Співвідношення між суб'єктивним правом і юридичним обов'язком до правової системи далеко не однозначні і не вичерпуються єдністю суб'єктивного права і юридичного обов'язку різних суб'єктів у рамках правовідносин.

*Ключові слова:* суб'єктивне право, юридичний обов'язок, полярність, взаємопроникнення, тотожність.

### Summary

*Gamanyuk L. A. Correlation of equitable right and legal duty. Article.*

Subjective right and legal obligation are the building blocks of relationship, which form its content. Legal responsibilities, as well as subjective rights, are subjective in nature, belong to the subjects and to some extent depend on their will and consciousness, especially in terms of implementation. The relationship between subjective right and legal duty to the legal system is not ambiguous and are not limited to the unity of subjective rights and legal responsibilities of different actors within relationships.

*Keywords:* subjective rights, the legal obligation, the polarity and interpenetration, identity.

УДК 340.11:347.135.226

*Т. В. Журенок*

### ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЯК ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА КАТЕГОРІЯ

Діяльність органів публічної влади певною мірою пов'язана з процедурами визнання дій, подій, документів, статусів, прав та повноважень. Указані процедури мають на меті «офіційне визнання» (від імені держави), «надання дозволу», «підтвердження законності» або ж «легалізацію» діяльності, документів, підписів тощо. Загальнотеоретичною категорією, що поглинає інші процедури такого визнання, виступає легалізація. Ця правова категорія є унікальною за значимістю і сферами застосування, відіграє ключову роль у теоріях законності, юридичної відповідальності, правової процедури. Сфера застосування цієї категорії охоплює усі види юридичної практики, що й зумовлює не тільки академічну, але й прикладну актуальність її теоретичного вивчення.

Основним завданням цього дослідження є визначення основних характеристик поняття «легалізація» як загальнотеоретичної категорії, сфери її використання у вітчизняному законодавстві.

Правова категорія «легалізація» є малодослідженою у сучасній теорії права. Втім цей термін широко вживаний у міжнародному праві та національному законодавстві. Науковці застосовують різні підходи до визначення сфер застосування вказаної категорії.

Дослідженням феномена «легалізація» протягом останнього десятиліття займалися російські науковці А. М. Конев та І. М. Лазарев. Серед вітчизняних загальнотеоретичних досліджень можна виділити дисертаційне дослідження Д. Г. Манька [15].

Термін «легалізація» походить від латинського слова «legalis», що означає «законний». А. М. Конев слушно зазначає, що етимологія вказаного терміна

відкриває для юридичної науки і практики можливості для його надширокого тлумачення. Однак, як свідчить аналіз чинного законодавства та опублікованих різнопланових наукових розробок, як правило, термін «легалізація» вживається у вузькому розумінні, що зумовлено тією чи іншою сферою його застосування або завчасно визначеною метою дослідження [11, 12]. Така ситуація, на думку науковця, призводить до того, що залишаються непоміченими багато логіко-гносеологічних і морально-психологічних можливостей цього терміна [11, 12]. Можливо, саме тому цей термін вважають унікальною правовою категорією.

Д. Г. Манько зазначає, що легалізація — це комплексна система інститутів, що формують процедуру підтвердження легальності, істинності документів, наявних на них підписів, повноважень осіб, які підписали документ, достовірність штампа, печатки, якою скріплено документ [13, 57]. На думку дослідника, легалізація виступає як розгляд певної юридичної справи, як діяльність, пов'язана з учиненням операцій, що регламентовані нормами права, як форма діяльності уповноважених суб'єктів, а отже легалізація є класичною формою юридичного процесу [13, 58–59].

Поняття «легалізація» визначається у багатьох словниках і зводиться до певних легалізаційних процедур: легалізація документів (вчинення дій, що надають документу юридичної сили), легалізація громадських формувань (офіційне визнання громадських організацій, професійних спілок та інших громадських формувань); легалізація доходів (перехід грошових мас із тіньової економіки до офіційної); легалізація міграції (визнання прав іноземних громадян на працю, проживання та ін.); легалізація наркотиків (визнання законним вживання, зберігання, виробництво і передання іншій особі усіх або деяких наркотичних засобів); легалізація зброї (дозвіл громадянам мати зброю); легалізація програмного забезпечення, проституції, одностатевих шлюбів, алкогольних напоїв, порнографії та інше. Специфічним різновидом легалізаційної процедури є легалізація державної влади, що означає встановлення, визнання і підтримку влади законом. Проте легалізацію державної влади не слід плутати з її легітимацією, котра, на відміну від легалізації, базується перш за все на фактичному стані справ — підтримці влади з боку населення.

Усе вказане вище дає підстави вважати легалізацію різновидом правової процедури, здійснюваної уповноваженим суб'єктом щодо офіційного визнання, надання дозволу, юридичної чинності, підтвердження чинності суб'єктів, подій, документів чи їх елементів.

Утім А. М. Конев слушно зауважує, що категорія легалізації не може бути відірвана від сфери правотворчості та правоінтерпретації [11, 12]. Науковець виходить з того, що тлумачення юридичних норм — відносно самостійна правова діяльність, що виходить за межі правозастосування. Тому категорія «легалізація» має безпосереднє відношення й до теорії інтерпретації. Автор пов'язує легалізацію також із загальноправовим принципом «дозволено те, що не заборонено законом». Однак ми можемо мати справу із дозволенням законом, проте таким, що не узгоджується із нормами суспільної моралі.

Легалізація певних видів господарської діяльності стосується, як правило, реєстраційних процедур та підтверджує законність входження до господарського обороту. Реєстраційні процедури у науці часто називають установчими [12]. До цього переліку легалізаційних проваджень можна віднести державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців, реєстрацію громадських формувань, релігійних організацій та інших громадських об'єднань.

Зауважимо, що реєстрацію не слід ототожнювати з легалізацією, оскільки у деяких випадках (легалізація громадських формувань) реєстраційні процедури є різновидом легалізаційних, у інших — реєстраційні провадження не передбачають офіційного визнання, «узаконення», що є притаманним процесу легалізації. Зв'язок легалізаційних та реєстраційних процедур відображає така схема:



Професор О. В. Кузьменко у своїй статті «Природа реєстраційного провадження» визначає це провадження як регламентовану адміністративно-процесуальними нормами діяльність уповноважених органів публічної адміністрації, в ході якої вирішуються питання про офіційне визнання законності правових актів; законності дій юридичних та фізичних осіб; наділення суб'єктів права відповідними правами або обов'язками; а також про облік та фіксацію юридичних фактів шляхом закріплення їх у реєстраційних документах [12]. Утім перша частина визначення фактично визначає не реєстраційну, а легалізаційну процедуру або ж «узаконення», офіційне визнання чи надання юридичної сили.

Д. Г. Манько визначає термін «легалізація» як певну правову процедуру, що здійснюється уповноваженим суб'єктом, з питань визнання, надання дозволу, підтвердження юридичної чинності й узаконення, певних суб'єктів, об'єктів, дій в інтересах зацікавлених осіб [14, 67]. Дослідник визначає також ознаки легалізації, що вирізняють останню серед інших правових форм діяльності [13, 58]:

- легалізація виступає як розгляд конкретної юридичної справи;
- легалізація — діяльність, пов'язана з вчиненням операцій, які регламентовані нормами права;
- легалізація — форма діяльності уповноважених суб'єктів;
- об'єктивною потребою легалізації є процедурно-процесуальна регламентація.

Роль легалізації залежить від сфери суспільних відносин, у якій застосовуються легалізаційні процедури: публічно-правова чи приватно-правова. До пуб-

лічно-правової сфери можна віднести легалізацію влади, реєстрацію громадських формувань, релігійних організацій та інших об'єднань громадян, проставлення апостилів тощо. У сфері ж приватно-правових інтересів ми зустрічаємо ліцензування, патентування господарської діяльності, засвідчення підписів та інші.

Необхідно зауважити, що термін «легалізація» вживається у двох значеннях. У випадку, коли легалізація являє собою встановлену законодавством процедуру, що здійснюється уповноваженими суб'єктами на користь зацікавлених осіб, — це законна легалізація, тобто така, що відповідає приписам чинних нормативно-правових актів. Якщо ж ми звернемося до такого виду легалізації як відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом, тобто всупереч законодавству, легалізаційна процедура відсутня, а легалізація є протиправною. Так, Д. Г. Манько обґрунтовує поділ понять «узакононення» коштів та іншого майна (як відповідну законну дію) і «відмивання» коштів (як винне, протиправне діяння) [15]. Фактично не зовсім коректно синонімувати поняття «легалізація» та «відмивання» доходів в контексті юридичної природи цих процедур. Втім ці поняття використовуються, зокрема чинним Кримінальним кодексом України як синоніми і визначають протиправним діянням щодо легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Специфічним різновидом легалізаційної процедури виступає легалізація громадських формувань. З одного боку, суб'єктом застосування права є уповноважений орган публічної влади, з іншого боку, легалізація громадського формування як правило пов'язується з реалізацією особистого немайнового права особи як суб'єкта права на об'єднання.

Звернімося до формально-юридичних визначень або ж випадків застосування категорії «легалізація» в актах національного законодавства.

Податковий кодекс України пов'язує це поняття з акредитацією відокремленого підрозділу іноземної компанії, організації, в тому числі постійного представництва нерезидента.

У Постанові Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2010 року № 915 «Деякі питання надання адміністративних послуг» до адміністративних послуг вищий орган виконавчої влади відносить, зокрема легалізацію суб'єктів і актів (документів) [7].

Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів, затверджене Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 17 жовтня 2006 року № 1000, визначає легалізацію як надання юридичної сили документам, які були видані на території іноземної держави [10].

Легалізація програмного забезпечення в органах виконавчої влади регулюється Порядком легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 року № 253. Відповідно до п. 2 Порядку легалізація комп'ютерних програм в органах виконавчої влади — приведення використання комп'ютерних програм у відповідність з вимогами законодавства про авторське право шляхом заміни неліцензійних примірників комп'ютерних програм на ліцензійні [6].

Легалізація застосовується також до медичних та фармацевтичних працівників, котрі намагаються отримати право на професійну діяльність в Україні і пройшли медичну або фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн (Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19 серпня 1994 року № 118-С). Легалізації у даному випадку підлягає кваліфікаційна категорія лікарів (провізорів) [8].

Офіційне визнання громадських об'єднань або їх легалізація передбачена низкою нормативно-правових актів, серед яких закони «Про об'єднання громадян», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про органи самоорганізації населення», «Про соціальний захист дітей війни». Саме у першому з вказаних вище законів українським законодавцем зроблена спроба визначити легалізацію як «офіційне визнання» [3].

Чинний Кримінальний кодекс України містить ст. 209 «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом», яка означає вчинення фінансової операції чи правочину з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння [2].

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму» до легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, належать будь-які дії, пов'язані з коштами (власністю), одержаними (здобутими) внаслідок вчинення злочину, спрямовані на приховування джерел походження зазначених коштів (власності) чи сприяння особі, яка є співучасником у вчиненні злочину, що є джерелом походження зазначених коштів (власності) [4].

Традиційною є консульська легалізація документів. Одним із основоположних документів у даній сфері є Віденська конвенція про консульські зносини 1963 року, до якої Україна приєдналась у складі СРСР 1989 року. Консул легалізує документи і акти, складені за участю властей консульського округу, або такі, що виходять від цих властей (ст. 54 Консульського статуту України). Консульська легалізація полягає в установленні і засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відбитка штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів держави перебування [5].

Іншим є визначення консульської легалізації офіційних документів, закріплене в Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном (Наказ Міністерства закордонних справ від 4 червня 2002 року № 113), — це процедура підтвердження дійсності оригіналів офіційних документів або засвідчення справжності підписів посадових осіб, уповноважених засвідчувати підписи на документах, а також дійсності відбитків штампів, печаток, якими скріплено документ. Легалізація в установленому порядку документа надає йому право на існування в міжнародному обігу [9].

А. М. Конєв слушно зазначає, що у сучасних умовах глобалізації легалізація документів набуває все більшої значущості, і найперше це стосується полі-

тико-правових зв'язків [11, 13]. Дослідник також зауважує, що існують загальноправові питання, котрі пов'язані із легалізацією результатів оперативно-розшукової діяльності. На думку автора, слід обговорити проблему грані між закритістю і відкритістю цього правозастосовного процесу. Крім цього, необхідним є дослідження можливостей легалізації в електронній сфері, особливо у сфері Інтернет-відносин [11, 13].

На жаль, жоден із чинних нормативно-правових актів, що діють в Україні, не дає загального формально-юридичного визначення категорії «легалізація». Така ситуація певним чином ускладнює використання даного терміна у правотворчій діяльності. Саме тому зростає роль теоретичних досліджень відчизняних та зарубіжних науковців щодо сфери застосування правової категорії «легалізація».

Підсумовуючи викладене слід підкреслити, що існує потреба у теоретико-методологічних дослідженнях категорії «легалізація», зокрема щодо відмежування легалізації від інших процедур через вивчення її унікальних ознак. Дослідження, на нашу думку, необхідно проводити з урахуванням багаточисленних сфер застосування цього феномена, його міжінституційності.

Ці питання стануть напрямками подальшого дослідження заявленої у статті теми.

### Література

1. Відпеська компетенція про консульські зписи від 24 квітня 1963 р.
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. — 2001. — № 21. — Ст. 920.
3. Про об'єднання громадян : Закон України від 16 черв. 1992 р. № 2460-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 34. — Ст. 504.
4. Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму : Закон України від 18 трав. 2010 р. № 2258-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 39. — Ст. 1239.
5. Про консульський статут України : Указ Президента України від 2 квіт. 1994 р. № 127/94 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/127/94>.
6. Про затвердження Порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади : постанова Кабінету Міністрів України від 4 берез. 2004 р. № 253 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 10. — Ст. 586.
7. Деякі питання надання адміністративних послуг : постанова Кабінету Міністрів України від 11 жовт. 2010 р. № 915 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 78. — Ст. 2749.
8. Про затвердження Порядку допуску до медичної і фармацевтичної діяльності в Україні громадян, які пройшли медичну чи фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19 серп. 1994 р. № 118-С [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0218-94>.
9. Про затвердження Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном : наказ Міністерства закордонних справ України від 4 черв. 2002 р. № 113 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 26. — Ст. 1244.
10. Про затвердження Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів : рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 17 жовт. 2006 р. № 1000 // Офіційний вісник України. — 2007. — № 6. — Ст. 233.
11. Колев А. П. К вопросу о сфере применения правовой категории «легализация» // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2010. — № 2. — С. 12.
12. Кузьменко О. В. Природа реєстраційного провадження [Електронний ресурс] / О. В. Кузьменко // Вісник Академії митної служби України. — 2009. — № 1. — С. 81-86. — Режим доступу : [http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Vamsu\\_pravo/2009](http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vamsu_pravo/2009).

13. Манько Д. Г. Юридична природа легалізації // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. О. : Юрид. л-ра, 2001. Вип. 11. С. 57.
14. Манько Д. Г. Співвідношення елементів правової конструкції легалізації // Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права, держави і політології : матеріали I-ї Всеукр. наук. конф. студ. і аспірантів, Львів, 11–12 груд. 2002 р. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — С. 117.
15. Манько Д. Г. Легалізація як правова процедура : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. Г. Манько. — О., 2010. — 21 с.

### Анотація

**Журенок Т. В.** Легалізація як загальнотеоретична категорія. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду феномена легалізації як загальнотеоретичної категорії, сферам її застосування. Наведено приклади формально-юридичних визначень легалізації, які містяться у чинному національному законодавстві. Обґрунтована необхідність проведення подальших теоретико-методологічних досліджень даної правової категорії.

**Ключові слова:** легалізація, правова категорія, загальнотеоретична категорія, правова процедура, дослідження.

### Аннотация

**Журенок Т. В.** Легализация как общетеоретическая категория. — Статья.

В статье рассматривается феномен легализации как общетеоретической категории, сфера ее применения. Приведены примеры формально-юридических определений легализации, которые содержатся в действующем национальном законодательстве. Обоснована необходимость проведения дальнейших теоретико-методологических исследований данной правовой категории.

**Ключевые слова:** легализация, правовая категория, общетеоретическая категория, правовая процедура, исследование.

### Summary

**Gurenok T.** Legalization as General Theoretical Category. — Article.

The article is devoted the phenomenon of legalization as a general theoretical category, the scope of its application. There are examples of the formal legal definitions of legalization, which are contained in existing national legislation. It substantiates the necessity for further theoretical and methodological researches of this legal category.

**Keywords:** legalization, legal category, general theoretical category, the legal procedure, research.

УДК 347.19

*Д. Г. Манько*

## ЛЕГІТИМАЦІЯ І ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Розвиток цивільно-правових відносин у сучасний період, підвищення впливу (заснованих на приватній власності) транснаціональних корпорацій на світові процеси глобалізації та трансформації державного буття зумовлюють необхідність ґрунтовного дослідження сутності колективних суб'єктів права, а саме юридичних осіб. У зв'язку з цим, особливу увагу привертають процедури їх створення та введення у правову реальність.

Важливе значення в процесі розкриття теми дослідження мали праці С. Н. Братуся, О. А. Красавчикова, І. Т. Тарасова, І. О. Покровського, Я. І. Фун-

ка, в яких закладено основи сучасного вчення про юридичну особу. У вітчизняній юриспруденції, розробки даної теми представлені роботами, зокрема: Є. О. Харитонової, Н. О. Саніахметової, Я. М. Шевченко, А. С. Васильєва, О. П. Підперковного та інших.

Треба відзначити, що питання встановлення сутності понять «легальність» та «легітимність» вже тривалий час обґрунтовуються в юриспруденції [1]. У сфері підприємницького права аспекти легітимації були розглянуті, наприклад, Ж. А. Іоновою, О. П. Підперковним [2].

Згідно з нормами ЦК України, юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку, наділена цивільною правосдатністю і дієздатністю, що має відокремлене майно та може бути позивачем і відповідачем у суді. Однак аналіз природи юридичної особи та законодавства, яке регулює порядок створення, функціонування і припинення юридичних осіб, дозволяє виділити низку ознак юридичної особи, які не знайшли належного відображення у ЦК.

До матеріальних ознак юридичної особи, як правило, відносять внутрішню організаційну, економічну та функціональну єдність, самостійність, відокремленість майна юридичної особи від майна інших суб'єктів, а також наявність одного чи кількох органів, які здійснюють управління юридичною особою. Законність створення юридичної особи, здатність від власного імені вступати в правовідносини та нести відповідальність визнаються правовими ознаками юридичної особи.

Відповідно, сутнісними ознаками юридичної особи є похідний (від інтересу засновників) характер, наявність легальної мети, відповідність юридичної особи певній організаційно-правовій формі, внутрішньо організаційна, економічна та функціональна єдність, самостійність, відокремленість майна юридичної особи від майна інших суб'єктів, наявність одного чи кількох органів, які здійснюють управління юридичною особою, а також легальність створення юридичної особи та наявність найменування [3].

Виключно до правових ознак слід віднести державну реєстрацію, самостійну участь у цивільному обігу, майнову відокремленість та самостійну майнову відповідальність.

Відповідно до ст. 80 Цивільного кодексу України (далі — ЦК) юридичні особи утворюються в порядку, встановленому законодавством. Виникнення юридичної особи неможливе без певних установчих документів, якими можуть бути: розпорядчий акт, або статут (положення), або засновницький договір і статут, або протокол зборів тощо. В установчих документах мають зазначатися найменування юридичної особи, її місцезнаходження, цілі і предмет діяльності, склад і компетенція її органів, а також інші відомості, що їх передбачають законодавчі акти про юридичні особи відповідного виду. Установчі документи можуть містити й інші реквізити, які не суперечать законодавству [4].

Законодавством передбачається кілька способів виникнення юридичних осіб. Прийнято виділяти такі основні способи утворення юридичних осіб: розпорядчий, нормативно-явочний, дозвільний і договірний [5].

Однак слід зазначити, що така класифікація є некоректною, оскільки при ній певною мірою ототожнюються порядок і підстава виникнення юридичної особи.

Так, підставою виникнення можна вважати те волевиявлення, яке спричинило створення юридичної особи. Відповідно, класифікація може бути проведена залежно від характеру такого волевиявлення.

З урахуванням цього критерію можна виділити:

а) створення юридичної особи шляхом одностороннього волевиявлення (розпорядження Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування — для юридичних осіб публічного права, власника або уповноваженої ним особи — для юридичних осіб приватного права).

б) створення юридичної особи шляхом договору між її засновниками. У таких випадках ініціатива щодо створення юридичної особи може бути виражена у будь-якій формі: договір учасників, рішення зборів засновників тощо [6].

Незалежно від порядку створення, початком всьому є інтерес, який, в окремих випадках, може бути обумовлений і необхідністю, у здійсненні наявних у певних суб'єктів прав. Наприклад, кілька громадян України, бажаючи стати учасниками господарських правовідносин, досягають згоди заснувати товариство з обмеженою відповідальністю, зареєструвати його у встановленому порядку, отримати відповідні дозволи (витяг з державного реєстру, ліцензії) і т.д.

«Теорія інтересу» була обґрунтована ще Р. фон Ієрінгом. Її сутність пов'язана із тим, що права і обов'язки юридичної особи в дійсності належать тим реальним фізичним особам, які фактично використовують спільне майно і отримують від нього вигоду. Їх спільний інтерес і реалізує юридичну особу [7]. Раціональна зернина у вченні Ієрінга, полягає в тому, що він не відриває юридичну особу від живих людей і їх відносин.

В сучасних умовах у зв'язку з популярністю і розповсюдженістю в сфері підприємницької діяльності господарських товариств, а також з постійною динамікою їх організаційно-правових форм теорія інтересу набуває особливої актуальності. Господарські товариства створюються і діють в інтересах багатьох осіб, а саме засновників і учасників, контрагентів, споживачів, найманих працівників, держави, тобто мова в даному випадку йде про так званий інтерес товариства. Враховуючи той факт, що саме засновники можуть визначати ціль і види діяльності юридичної особи, а звідси і об'єм її правосуб'єктності не можна не звернути увагу на те, що саме засновники прагнуть створити організацію, яка була б самостійним суб'єктом права.

У зв'язку з цим виникає питання про доцільність усталеного в даний час підходу про те, що виникнення колективного суб'єкта права пов'язано виключно з його державною реєстрацією.

У цивілістиці має місце дискусія про момент набуття юридичною особою правоздатності та дієздатності. В українському правознавстві панує думка про те, що правоздатність та дієздатність юридичної особи виникають одночасно — з моменту її державної реєстрації [8]. Дана точка зору заснована на принципах

«юридичної догматики» — методу, що входить до складу інструментарію традиційної методології юридичної науки.

Згідно з п. 4 ст. 87 ЦК України юридична особа вважається створеною з моменту її державної реєстрації; згідно з п. 1 ст. 89 ЦК України юридична особа підлягає державній реєстрації; згідно з п. 4 ст. 91 ЦК України цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення [4]. Подібні правові норми є в законах, що регулюють правове становище юридичних осіб окремих організаційно-правових форм (наприклад, в тексті Закону про акціонерні товариства).

Однак, з іншого боку, колективний суб'єкт права, як певне соціальне відношення, утворюється з моменту виникнення суспільних відносин. Соціальне відношення між засновниками юридичної особи виникає до моменту державної реєстрації організації як юридичної особи. Причому характер цього відношення, його об'єкти і суб'єктний склад у цілому не відрізняються від характеру і відповідних елементів того суб'єкта, який складається в якості юридичної особи після державної реєстрації останнього.

Подібний підхід відбитий у деяких правових актах і правозастосовчій практиці. Наприклад, відповідно до ст. ст. 11–17 Закону України «Про об'єднання громадян» рішення про створення громадського об'єднання, про затвердження його статуту і про формування керівних та контрольно-ревізійних органів приймаються на з'їзді (конференції) або загальних зборах. З моменту прийняття зазначених рішень громадське об'єднання вважається створеним: здійснює свою статутну діяльність, набуває права, за винятком прав юридичної особи, і приймає на себе обов'язки, передбачені зазначеним законом [9]. Громадське об'єднання існує не з моменту державної реєстрації, а з моменту прийняття низки рішень засновниками і простого повідомлення про такі рішення.

Згідно зі ст. 9 Закону про акціонерні товариства створення товариства здійснюється за рішенням засновників (засновника). Рішення про заснування товариства приймається установчими зборами. У разі заснування товариства однією особою рішення про його заснування приймається цією особою одноосібно. Рішення про заснування товариства має відображати результати голосування засновників та їхні рішення щодо заснування товариства, затвердження статуту товариства, обрання органів управління товариства [10].

Для створення акціонерного товариства засновники повинні провести закрите (приватне) розміщення акцій, установчі збори та лише потім здійснити державну реєстрацію акціонерного товариства.

З аналізу вищевказаних правових норм випливає, що юридична особа як соціальне відношення утворюється ще до моменту її державної реєстрації.

Подібний підхід до вивчення правоздатності юридичної особи мав місце і в дореволюційній науці. Наприклад, І. Т. Тарасов пише: «Визначаючи ставлення акціонерної компанії до держави, слід зауважити, перш за все, що значення юридичної особи, властиве ...кожній акціонерній компанії, анітрохи не обумовлюється необхідністю урядового дозволу для виникнення компанії...» [11].

Тобто юридична особа, як соціальне відношення, знаходить фактичне визнання (легітимацію) не з моменту отримання на це санкції від держави, але з моменту, коли склалося дане соціальне відношення.

І. А. Покровський пише про те, що протягом XIX століття між двома системами виникнення юридичних осіб: концесійної («система затвердження») і «системою вільного утворення» йде боротьба. За словами дослідника, «коливання від одного до іншого з них відбиваються як у законодавстві, так і в судовій практиці. При цьому, ці коливання, що далі, тим помітніше схилиються в сторону все більшої і більшої свободи юридичних осіб» [12].

Подібним чином розвиваються як суб'єкти, що складають юридичну особу, як ідеальну сутність, так і інтерпретації юридичної особи — матеріальні сутності. В. А. Макєєв пише: «З робіт великих соціальних мислителів (Ф. Тенісу, М. Вебера), а також істориків господарського життя (Ф. Броделя, Ж. Ле Гоффа, І. М. Кулішера та інших) видно, що виникнення корпоративних відносин спочатку було пов'язано з особливими типами професійних спільнот, які існували задовго до появи сучасних корпорацій. Корпоративність як особливий тип соціальних зв'язків існувала ще в Середні століття, при цеховій організації виробництва. У цехових корпораціях формувалися особлива професійна етика і свої форми поведінки, продиктовані специфікою занять, а також особливі форми спілкування та морального єдності» [13].

Тобто ступеня свободи засновників обмежувалися правилами корпоративної етики. Мета останньої полягає в максимальному забезпеченні реалізації потреб та інтересів учасників корпорації. Ця мета досягається в даний час за допомогою самих різних механізмів, в тому числі через механізм корпоративного контролю. Наприклад, за словами С. Д. Могилівського, корпоративний контроль — це «можливість впливати на прийняття стратегічних управлінських рішень, визначення та формулювання таких рішень» [14].

Прообразом перших юридичних осіб були прості товариства, іменовані в науці також прихованими. Я. І. Функ і В. В Хвалою пишуть, що «просте товариство може розглядатися як найпростіша форма підприємницького об'єднання, в діяльності якого сильно проявляється особистісне начало його учасників. Внаслідок цього підприємницьке об'єднання, створене у формі простого товариства, не можна розглядати як щось відокремлене від його учасників, тобто об'єднання не стає самостійним суб'єктом» [15].

Просте товариство являло собою соціальне відношення між його суб'єктами, регульоване, в основному, позаправовими соціальними нормами, але частково, і правовими нормами. К. П. Побєдоносцев вважає: «До виконання служби, до платежу податей, до виправлення повинностей, до несення будь-якої державної та громадської тяги застосовувалася форма обов'язкового союзу і взаємної кругової відповідальності: подібно до того селяни у своїх промислах і торгові люди в торговій своїй справі охоче складалися в союз товариства і нерідко складали про те запис» [16].

Тобто аж до перетворень Петра I соціальні відносини, які виступали в якості прообразу перших юридичних осіб, регулювалися переважно існуючими зви-

чаями. Це свідчить про те, що поза правові соціальні зв'язки між суб'єктами досліджуваних відносин були настільки міцні, що необхідності у відокремленому від особистості фізичних осіб суб'єкта не виникало.

У російських купців, для яких природним було приватне об'єднання, регульоване переважно позаправовими соціальними нормами, не викликали довіри норми права, що не відповідали їх поняттям про підприємництво і насаджувалися урядом насильно. Я. І. Функ і В. А. Михальченко пишуть: «Однак аж до XVIII століття форми майнового спілкування не отримали на Русі такого поширення, як у Західній Європі. Російському побуту більш властиві форми особистого об'єднання, а не майнового» [15].

Резюмуючи, слід зауважити що, виникнення юридичної особи, пов'язане із вчиненням низки процедур, частина яких, безумовно, чітко регламентована чинним законодавством. Однак, при уважному дослідженні механізмів створення різних колективних суб'єктів права, можна встановити обов'язковість досягнення згоди засновників (учасників), або рішення волевиявлення власника, про цілі, організаційно-правову форму, назву, зміст статуту та інших аспектах створюваного колективного суб'єкта.

Отже, в контексті виникнення юридичної особи доцільно виділити дві групи процедур: «процедури заснування» та «процедури реєстрації» (отримання дозволу на заняття певним видом діяльності). Де перші мають своєю суттю фактичне визнання учасниками (майбутніми засновниками) відповідності створюваного ними підприємства їх інтересам, потребам та вимогам законодавства. А другі виражаються у введенні і фіксації державним органом нового колективного суб'єкта, а також видачі йому відповідних документів, що дозволяють виконувати певні види діяльності.

Передумовами вказаних «процедур заснування» є, в тому числі, і юридичні консультації, які отримують зацікавлені суб'єкти. На основі сформованої господарсько-правової практики, усвідомлюючи завдання і цілі, в добровільному порядку, майбутні засновники домовляються про створення нового колективного суб'єкта права. Результатом процедури створення юридичної особи (у даному випадку розглядається процедура створення ТОВ) є два юридичні документи: 1) протокол загальних зборів засновників (далі — протокол). При уважному вивченні першого протоколу загальних зборів засновників підприємства можна виділити ті основні питання, вирішення яких в ньому були зафіксовані. Серед них: найменування підприємства; юридична адреса; організаційно-правова форма; прийняття обумовленого тексту статуту; призначення директора; призначення осіб, відповідальних за реєстрацію; 2) Статут (у якому вказується обсяг правосуб'єктності створюваної особи). Законом встановлено обов'язкову форму нотаріального посвідчення підписів осіб, які склали ці документи. Ці документи підписуються сторонами, що є, з одного боку, вираженням їх волі, а з іншого — фактичним визнанням легітимності підприємства. Процедура легітимації юридичної особи включає в себе: виникнення інтересу (необхідності) — набуття розуміння форми (організаційно-правової, податкової звітності тощо) — досягнення згоди за основними умовами (цілі, назва

і т.д.) — вираження волі в конкретних юридичних документах (протокол загальних зборів № 1, Статут і т.д.).

У свою чергу, під легалізацією юридичної особи слід розуміти дію уповноваженого суб'єкта, результатом якої є документально оформлений дозвіл на виконання певної діяльності у підприємницькій сфері (її реєстрація).

Отже, державна реєстрація суб'єктів підприємництва — обов'язкова умова здійснення всіх видів підприємницької діяльності кожним суб'єктом підприємництва, що означає необхідність проходження ним певної процедури і засвідчення результатів такого проходження, свідоцтвом про державну реєстрацію (витягом з Державного реєстру) [17]. Державна реєстрація є загальною умовою здійснення підприємницької діяльності будь-яким суб'єктом незалежно від його організаційно-правової форми і виду здійснюваної діяльності.

Цікава позиція О. П. Підцерковного з даного питання, котрий вказує, що легалізація господарської діяльності означає наділення суб'єкта господарювання необхідними юридичними документами, що дозволяють йому законно здійснювати господарську діяльність, а легітимація — підтвердження законності здійснення господарської діяльності суб'єктом господарювання за результатами перевірки його правовстановлюючих документів і самої діяльності на предмет відповідності вимогам законодавства [18].

Якщо висловлювання щодо легалізації господарської діяльності юридичної особи не викликає обговорень, то позиція О. П. Підцерковного щодо легітимації таких суб'єктів викликає певні заперечення. Перевірка документів зареєстрованої та функціонуючої юридичної особи «на предмет відповідності вимогам законодавства», за своєю суттю, є діяльністю, що відображає контроль з боку держави за порядком здійснення підприємницької діяльності. В цій процедурі не має нічого такого, щоб вказувало на процеси фактичного визнання відповідності існування такого суб'єкта потребам, бажанням та інтересам індивідів. Перевірка законності діяльності не може бути порівняна із досягненням згоди щодо створення (творіння) нового колективного суб'єкта права.

Відповідно, парадигма входження юридичної особи як колективного суб'єкта в систему суспільних відносин, в контексті даної статті, представляється як: «легітимація — легалізація — функціонування». Де «легітимація» — фактичне визнання сформованого соціального відношення, а так само досягнення згоди між засновниками (учасниками), «легалізація» — формально-юридичне визнання (фіксація державою факту установи та видача відповідного документа — дозволу на здійснення певної діяльності), «функціонування» — реалізація передбаченої компетенції новоствореним колективним суб'єктом права.

### Література

1. Дудченко В. В. Легітимність і легальність: питання співвідношення // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — Вип. 26. — С. 58–64.
2. Ионов А. Ю. Правовые проблемы легитимации предпринимательства // Государство и право. 1997. № 5. С. 46–48.
3. Хозяйственное право Украины : учебник / под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. — 4-е изд., перераб. и доп. — Х. : Одиссей, 2010. — 488 с.

4. Кодекси України. У 3 кн. Кн. 2. Цивільний кодекс України / відп. ред. В. Ф. Бойко. — К. : Юрінком Інтер, 1997. — 496 с.
5. Цивільне право України : підручник / С. О. Харитонов, Н. О. Саниахметова. — К. : Істина, 2003. — 776 с.
6. Хозяйственное право : учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин [и др.] ; под ред. В. К. Мамутова. — К., 2002. — 912 с.
7. Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1 / Р. Иеринг. СПб., 1875. — 310 с.
8. Цивільне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — 520 с.
9. Про об'єднання громадян : Закон України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2460-12>.
10. Про акціонерні товариства : Закон України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=514-17>.
11. Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов. — М. : Статут, 2000. — 666 с.
12. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — Изд. 3-е, стереотип. М. : Статут, 2001. — 354 с.
13. Макеев В. А. Становление и развитие корпоративной культуры // Российский следователь. 2008. — № 4. — С. 25–26.
14. Могилевский С. Д. Правовые основы деятельности акционерных обществ : учеб.-практ. пособие / С. Д. Могилевский. — М. : Дело, 2004. — 672 с.
15. Функ Я. И. Акционерное общество: история и теория (Диалектика свободы) / Я. И. Функ, В. А. Михальченко, В. В. Хвалей. Минск : Амалфея, 1999. — 608 с.
16. Победопосцев К. Курс гражданского права / К. Победопосцев. — СПб. : Суподальная тип., 1892. — 794 с.
17. Саниахметова Н. А. Предпринимательское (хозяйственное) право Украины : учебник / Н. А. Саниахметова. Х. : Одиссей, 2005. — 800 с.
18. Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасницька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. — Х. : Одиссей, 2010. — 610 с.

### Анотація

**Манько Д. Г.** Легітимація і легалізація юридичної особи. — Стаття.

Дослідженню підлягають аспекти легітимації та легалізації юридичних осіб. Обґрунтовується, що виникненню юридичної особи передують два етапи: «процедури заснування» (фактичного визнання легітимації) та процедури реєстрації (формально-юридичного закріплення легалізації) державними органами повних створених колективних суб'єктів права.

**Ключові слова:** легітимація, легалізація, суб'єкт права, колективний суб'єкт права, юридична особа.

### Аннотация

**Манько Д. Г.** Легитимация и легализация юридического лица. — Статья.

В статье анализируются процедуры создания юридического лица. Наряду с устоявшимся подходом, согласно которому возникновение юридического лица связывают с моментом государственной регистрации, обосновывается существование «процедур учреждения» или фактической «легитимации» юридического лица как социального отношения, которые предшествуют процедуре его формально-юридического закрепления или «легализации».

**Ключевые слова:** легитимация, легализация, субъект права, коллективный субъект права, юридическое лицо.

### Summary

**Manko D. G.** Legitimizing and legalization of legal entity. — Article.

Procedures of creation, of legal entity, are analyzed in the article. Along with a withstand approach in obedience to which, the origin of legal entity is bound to the moment of state registration, existence of «procedures of establishment» or «legitimizing» of legal entity is grounded as a social relation, which are preceded procedure of his formally fixing or «legalization».

**Keywords:** legitimizing, legalization, legal subject, collective subject, legal entity.

### КОМПАРАТИВНИЙ АНАЛІЗ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВОТВОРЧОЇ ФОРМИ ПОДАТКОВОЇ ФУНКЦІЇ В КОНСТИТУЦІЯХ СУЧАСНИХ ДЕРЖАВ СВІТУ

Враховуючи той факт, що податки є одним з основних (якщо не основним) джерел дохідної частини бюджету, на сучасному етапі розвитку державно-правової практики і теорії актуалізується проблема податкової функції сучасної держави.

Теорії права відомо, що конституція встановлює найбільш важливі норми та принципи, на яких ґрунтується правове регулювання суспільних відносин у різних сферах правового життя. Таким чином, аналіз конституцій сучасних країн як нормативної основи податкової функції сучасної держави є нагальним та необхідним, бо уможливорює виявлення потенціалу конституційного забезпечення податкової діяльності сучасної держави.

Актуальність даного дослідження є очевидною: в сучасних соціально-економічних умовах розвитку суспільства податкова функція держави виступає одним з найголовніших напрямів її діяльності, що є матеріальною основою реалізації завдань і функцій сучасної держави.

Варто зазначити, що досліджувана проблематика перебувала у полі зору таких науковців, як І. І. Кучеров, А. В. Бризгалін, В. С. Бєлих, Д. В. Вінницький, Л. К. Воронова, О. М. Козирін та ін.

Разом із тим слід зазначити, що комплексному компаративному аналізу конституційних принципів оподаткування у сучасній правовій науці приділено недостатньо уваги.

Конституція встановлює найбільш важливі норми та принципи, з яких потім виростає правове регулювання в різних формах [1, 68]. Тому, безперечно, конституція є найважливішим джерелом регулювання і податкових правовідносин. Конституція — джерело, до якого зводяться усі норми податкового законодавства. Податки є легітимними у життєдіяльності держави тільки в тому випадку, коли вони встановлені представницькими органами влади — парламентами. Саме такий принцип зафіксовано в конституціях багатьох країн світу. Отже, законодавча влада, представляючи інтереси народу, який її обрав, встановлює податки, базу оподаткування, ставки податків, строки їх сплати, відповідальність за ухилення від сплати податків, а виконавча влада має лише регламентувати детальний порядок оподаткування в рамках норм законодавчих актів.

На думку І. І. Кучерова, податкова складова тією чи іншою мірою наявна в конституційних положеннях практично усіх країн, але її частка неоднакова [1, 68].

Варто зазначити, що конституції багатьох країн світу вказують на податки та збори як основні джерела доходів бюджету, що можна тлумачити як вияв фіскальної підфункції податкової функції держави на найвищому законодав-

чому рівні. Такі норми містять, наприклад, Конституція Республіки Білорусь (ст. 133) [2], Конституція Киргизької Республіки (ст. 11) [3]. Визнання податків основним джерелом доходів держави та обмеження запровадження неподаткових фінансових платежів закріплено в Основному законі Німеччини (ст. 104) [4]. Стаття 127 Конституції Литви [5] проголошує, що доходи державного бюджету формуються за рахунок податків, обов'язкових платежів, зборів, доходів за рахунок державного майна та інших надходжень.

Конституції багатьох держав світу встановлюють конституційний обов'язок громадян сплачувати податки. Так, ст. 73 Конституції Азербайджанської Республіки [6] говорить про те, що сплачувати встановлені законом податки та інші державні збори в повному обсязі та своєчасно є обов'язком кожного. Схожі формулювання містять конституції Казахстану (ст. 35) [7], Вірменії (ст. 46) [8], України (ст. 67), Молдови (ст. 58) [9], Італії (ст. 53) [10], Польщі (ст. 84) [11].

Головний принцип податкового права — податок не може бути встановлений, змінений чи відмінений інакше як законом — закріплено в тексті більшості конституцій зарубіжних країн: Конституції Грузії (ст. 94) [12], Конституції Греції (ст. 78) [13], Конституції Французької Республіки (ст. 34), Конституції Литви (ст. 127) [5], Конституції Данії (ст. 46) [14].

Найбільш чітко цей принцип прописано в ст. 30 Конституції Японії: «Населення підлягає оподаткуванню відповідно до закону» [1, 69], а найбільш детально в ст. 217 Конституції Польщі: «Обкладення податками, іншими публічними зборами, визначення суб'єктів, об'єктів оподаткування та податкових ставок, а також принципів надання пільг та анулювання недоїмок, так само як і визначення категорій суб'єктів, звільнених від податків, визначається законом» [11]. Одна із найдавніших конституцій світу — Конституція США — у ст. 8 закріплює право Конгресу встановлювати та стягувати податки для забезпечення спільної оборони та загального добробуту.

Особливої уваги у контексті встановлення найважливіших підвалин оподаткування заслуговує Конституція Федеративної Республіки Бразилія [15]. В ній, зокрема, закріплено, що податки не можуть встановлюватись чи збільшуватись без попереднього виданого закону (ст. 150). Також визначено, що податки повинні мати особистий характер та розподілятись у відповідності до економічних можливостей платника податку — ст. 145. Принцип оподаткування «по зусиллям» міститься також і в Основному законі Німеччини (ст. 3), де вказано, що оподаткування розраховується, виходячи з економічних зусиль платника податків. Принцип справедливості оподаткування міститься також у ст. 58 Конституції Республіки Молдова [9]. Стаття 104 Конституції Португалії деталізує згаданий принцип: «Прибутковий податок повинен сприяти зменшенню нерівності, бути єдиним та прогресивним, враховуючи потреби та доходи сім'ї у цілому. Обкладення податком підприємств базується на їх реальному доході. Податок на майно повинен сприяти рівності громадян. Податок на споживання спрямований на пристосування споживання до еволюції потреб економічного розвитку та соціальної справедливості, при цьому необхідним є запровадження високих податків на предмети розкоші» [16].

Реалізація податкової функції сучасної держави через правотворчу форму має, передусім, сприяти розподілу повноважень між рівнями влади по встановленню та зміні податків. В більшості конституцій сучасних держав право встановлювати та змінювати податки є виключною прерогативою верховної влади (ст. 3 Конституції Грузії [12], ст. 104 Конституції Королівства Нідерландів [17]). Можна було б зробити припущення, що зазначене є притаманним для унітарних держав. Але, в той же час, Конституція Республіки Білорусь (ст. 121) закріплює, що встановлення у відповідності до закону місцевих податків та зборів віднесено до виключної компетенції місцевих рад депутатів [2]. Конституція України також містить аналогічні постулати. Так, відповідно до ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюються система оподаткування, податки і збори, а згідно з ст. 143 територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування встановлюють місцеві податки і збори відповідно до закону.

В державах з федеративним устроєм розмежуванню компетенції по встановленню та введенню податків між рівнями влади приділяється значно більше уваги [1, 73]. Наприклад, Основний закон Федеративної Республіки Німеччина містить детальну регламентацію розмежування відповідних повноважень між Федерацією та землями [4]. Норми Федеральної Конституції Швейцарської Конфедерації розподіляють реалізацію правотворчої форми податкової функції цієї держави на конфедеративному, кантональному та муніципальному рівнях.

Особливо варто підкреслити факт закріплення на конституційному рівні принципу обмеження зворотної сили податкових норм. Так, в Конституції Російської Федерації (ст. 57) закріплено: «кожен зобов'язаний сплачувати законно встановлені податки та збори. Закони, що встановлюють нові податки та погіршують стан платників податків, зворотної сили не мають». Стаття 40 Конституції Республіки Ісландія містить формулювання: «Жоден податок не може стягуватись, якщо він не був встановлений законом на момент подій, які відносяться до оподаткування» [18]. Конституція ж нашої держави у ст. 58 містить більш загальну заборону зворотної сили усіх законів та нормативно-правових актів, окрім тих, що пом'якшують чи скасовують відповідальність. Також ч. 3 ст. 22 Конституції України містить положення щодо заборони прийняття законів, що звужують обсяг та зміст існуючих прав.

Як бачимо, із наведеного порівняльного аналізу норм конституцій зарубіжних країн, конституційні норми, які регулюють податкові правовідносини, незважаючи на відмінності в текстових викладеннях, здебільшого встановлюють наступні однакові для усіх сучасних держав принципи:

- принцип загальнообов'язковості податків для громадян держави;
- принцип податкової держави, тобто визначення податків основним джерелом доходної частини державного та місцевих бюджетів;
- принцип законодавчої форми встановлення та введення податків;
- принцип справедливості оподаткування, виходячи із майнового стану платника податку;

- принцип заборони видання закону, що погіршує стан платників податків;
- принцип відсутності зворотної сили законів, у т.ч. і в податковій сфері, окрім випадків, коли такі скасовують чи пом'якшують відповідальність;
- принцип надання права місцевим органам влади встановлювати місцеві податки і збори, але у суворій відповідності до закону.

Зазначені конституційні принципи так чи інакше перекликаються із загальновідомими класичними принципами оподаткування, сформульованими А. Смітом:

1. Піддані держави повинні брати участь у покритті видатків уряду, кожен по можливості, тобто співрозмірно доходу, який він отримує під охороною уряду.
2. Податок, який повинен сплачувати кожен, повинен бути визначений чітко, а не довільно. Розмір податку, час та спосіб його сплати повинні бути зрозумілі як самому платнику, так і будь-кому іншому.
3. Кожний податок повинен стягуватися в такий час і таким способом, що найбільш зручні для платника.
4. Кожен податок повинен бути поставлений таким чином, щоб він вилучав із гаманця платника як можна менше поверх того, що поступає в скарбницю держави [19].

Отже, в результаті аналізу конституцій зарубіжних країн, вважаємо за необхідне доповнення Конституції України статтею в розділі 1 «Загальні засади», яка встановить конституційний принцип єдності податкової політики держави, принцип справедливості оподаткування, який має розкриватись шляхом економічного та законодавчого мотивування відмінності ставок податків для різних соціальних груп платників податків, враховуючи рівень доходу.

Розвинена правова база, що відповідає реаліям конкретної економічної системи, забезпечує здійснення господарської діяльності й надає відносинам ринкових контрагентів довгострокового характеру. Держава повинна гарантувати дотримання прав платників податків, законодавчо врегулювати їх статус, а також перелік та розмір загальнообов'язкових платежів. Держава має і монополієне право арбітра в кінцевій інстанції, вирішуючи питання про відповідність дій чи бездіяльності платника податку чинному законодавству. Для приведення податкових відносин у відповідність до вимог законодавства державна влада застосовує адміністративні, фінансові та кримінальні види санкцій, що є виявом реалізації законного права примусу.

Незважаючи на справедливість судження, що стабільність законодавчих умов бізнесу є запорукою вдалого економічного розвитку країни, все ж податкова система не повинна бути статичною [20].

Динамізм права полягає в його орієнтації на регулювання суспільних явищ, що виникають, реагування на зміну державної політики та перебудову інститутів держави [21, 223–247]. Оновлені економічні процеси вимагають відповідних оновлених законодавчих актів.

Отже, податкове законодавство потрібно удосконалювати, змінюючи деякі його положення разом зі зміною економічних умов у країні. Влада сучасних

держав повинна мати важіль оперативного впливу на мінливу економічну систему, проте механізм внесення змін до податкового законодавства повинен відповідати конституційним нормам, відбуватися в рамках повноважень правотворчих органів. При цьому основні сталі принципи оподаткування не повинні змінюватися у бік погіршення становища платників податків.

### Література

1. Кучеров И. И. Нормы конституций зарубежных стран, регулирующие налоговые отношения // Журнал российского права. — 2003. — № 4. — С. 68–75.
2. Конституция Республики Беларусь (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Belarus&language=r>
3. Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.gov.kg/index.php?option=com\\_content&task=view&id=56&Itemid=37](http://www.gov.kg/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=37).
4. Основной Закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. // Конституции зарубежных государств : учеб. пособие / сост. В. В. Маклаков. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2003.
5. Конституция Литовской Республики от 25 октября 1992 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Lithuania&language=r>.
6. Конституция Азербайджанской Республики от 12 ноября 1995 г. (с последующими изменениями) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Azerbaijan&language=r>
7. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Kazakhstan&language=r>.
8. Конституция Республики Армения от 27 ноября 2005 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Armenia&language=r>.
9. Конституция Республики Молдова от 29 июля 1994 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Moldova&language=r>.
10. Конституция Итальянской Республики [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Italy&language=r>.
11. Конституция Польской Республики от 2 апреля 1997 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Poland&language=r>.
12. Конституция Грузии от 24 августа 1995 г. (с последующими изменениями) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Georgia&language=r>.
13. Конституция Греции от 11 июня 1975 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Greece&language=r>.
14. Конституция Королевства Дания от 5 июня 1953 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Denmark&language=r>.
15. Конституция Бразилии от 5 октября 1988 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.krugosvet.ru/node/41662>.
16. Конституция Португальской Республики от 2 апреля 1976 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Portugal&language=r>.
17. Конституция Королевства Нидерландов от 17 февраля 1983 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uznal.org/constitution.php?text=Netherlands&language=r>.
18. Конституция Исландии от 17 июня 1944 г. // Конституции государств Европы. — М. : НОРМА, 2001.
19. Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов / А. Смит. — М. : Эксмо, 2007. — 960 с.
20. Жаліло Я. А. Податкова реформа в Україні в контексті стратегії економічного зростання [Електронний ресурс] / Я. А. Жаліло, А. Ю. Сменковський // Стратегічна панорама. — 2003. — № 3–4. — Режим доступу : [http://www.nisp.gov.ua/vydanna/panorama/issue.php?s=epoll&issue=2003\\_3-4](http://www.nisp.gov.ua/vydanna/panorama/issue.php?s=epoll&issue=2003_3-4).
21. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. — М. : Норма, 1996. — 432 с.

### Анотація

*Жадько В. Л.* Компаративний аналіз реалізації правотворчої форми податкової функції в конституціях сучасних держав світу. — Стаття.

У статті проведено порівняльний аналіз конституцій світу щодо принципів оподаткування. Встановлено, що конституційні норми, які регулюють податкові правовідносини, незважаючи на відмінності в текстових викладеннях, здебільшого визначають однакові для усіх сучасних держав принципи. Зроблено висновок, що конституційні принципи оподаткування так чи інакше перекликаються із загальновідомими класичними принципами оподаткування, сформульованими А. Смітом.

*Ключові слова:* податкове законодавство, податок, податкові правовідносини, конституція, принцип оподаткування, податкова функція держави.

### Аннотация

*Жадько В. Л.* Компаративный анализ реализации правотворческой формы налоговой функции в конституциях современных государств мира. — Статья.

В статье проведён сравнительный анализ конституций мира в отношении принципов налогообложения. Установлено, что конституционные нормы, которые регулируют налоговые правоотношения, несмотря на отличия в текстовых изложениях, в основном определяют одинаковые для всех современных государств принципы. Сделан вывод о том, что конституционные принципы так или иначе перекликаются с общезвестными классическими принципами налогообложения, сформулированными А. Смитом.

*Ключевые слова:* налоговое законодательство, налог, налоговые правоотношения, конституция, принцип налогообложения, налоговая функция государства.

### Summary

*Zhadko V. L.* The comparative analysis of the tax state function realization in constitutions of the modern states. — Article.

The article is devoted to the comparative analysis of the tax principles in constitutions of the modern states. It is grounded that in spite of the text differences the constitutional tax principles are the same. It is exposed that the constitutional tax principles are common with the classical fiscal principles indicated by A. Smit.

*Keywords:* tax law, tax, tax legal relationships, constitution, tax principle, tax state function.

УДК 340.11:007

*И. В. Антошина*

### ИНФОРМАЦИОННАЯ ФУНКЦИЯ ПРАВА В РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВОВЫХ СРЕДСТВ

Реализация функций права представляет собой процесс целенаправленного воздействия правовой информации и правовых средств на правовую жизнь. Процесс воздействия правовых средств на сознание и волю людей, на общественные отношения выступает как правовое регулирование. Как отмечает С. С. Алексеев, правовое регулирование — это осуществляемое при помощи системы правовых средств (юридических норм, правоотношений, индивидуальных предписаний и др.) результативное, нормативно-организационное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, охраны, раз-

© И. В. Антошина, 2012

вития в соответствии с общественными потребностями. Правовые средства здесь составляют весь диапазон правовых феноменов различных уровней с той особенностью, что они рассматриваются с позиции их функционального назначения, в качестве инструментов решения экономических и иных социальных задач [1, 145].

Проблеме реализации правовых средств уделено внимание таких ученых, как С. С. Алексеев, О. Ф. Скакун, В. Д. Сорокин, Д. И. Гунин, Э. Н. Юнусов, А. В. Малько и др.

Связывая понятие «правовое регулирование» с понятием правового воздействия, нужно учитывать, что последнее — более широкое понятие, которое характеризует право в действии, все направления и формы влияния права на общественную жизнь. В правовом воздействии проявляется информативная функция права путем передачи правовой информации и проступает духовное, идеологическое воздействие права, которое, взаимодействуя с правовым регулированием, несет на себе печать последнего и в соответствии с этим обладает рядом достоинств. Но все же по главным особенностям своего содержания оно является не специфически правовым, а общим, подчиняющимся закономерностям духовной сферы, и оно осуществляется по двум основным каналам — информационному и ценностно-ориентационному [1, 146]. В этом ракурсе правовые средства выступают мерой информационно-психологического воздействия, которые содержатся в нормах права, договорах, правоприменительных актах. Здесь на индивида влияет не норматив или индивидуальное решение, а информация заложенная в них.

Для информационной функции права характерно то, что основу правового регулирования здесь составляет информационный обмен. С другой стороны, правовое регулирование происходит посредством реализации правовых средств, которые зависят от содержания информационных процессов в обществе. Информационно-коммуникативная система — это определяющий фактор механизма действия права. Правовое регулирование осуществляется через сознание и волю людей и невозможно без правовой информации как совокупности сведений о правовой жизни общества.

Информация и информационные процессы, происходящие в обществе, связаны с правовым регулированием и представляют собой взаимообусловленные явления. «Если в системе отсутствует информация, в ней не может быть и управления, а при отсутствии управления теряет всякий смысл и информация» [2, 38].

Информация вовлекается в процесс правового регулирования не только как средство правового регулирования или объект общественных отношений, но и как связующее звено на информационно-психологическом уровне действия права, как элемент реализации связей между участниками отношений [3].

Результат влияния информационной функции права на отношения в обществе связан с действием или бездействием потребителей правовой информации, зависит от влияния правовых предписаний на сознание, волю, действия людей, их связи и отношения.

Можно утверждать, что реализация информационной функции права заключается в воплощении предписаний правовых норм в практической деятельности субъектов права посредством соблюдения ими запретов, исполнения юридических обязанностей и использования субъективных прав.

Такая реализация нуждается в правовых средствах, которые обеспечивают ее фактическое действие, ведь поставленные социальные задачи перед информационной функцией права требуют удовлетворения интересов стороны, обладающей информацией, и стороны, заинтересованной в ее получении.

Исходя из того, что функция права — это правовое воздействие, которое состоит из трех форм: информационного, ориентационного и правового регулирования, то в соответствии с этим выделяют три формы реализации функций права: информационную, ориентационную и правовое регулирование. Информационная форма реализации функций права состоит в том, чтобы сообщить адресатам правовые требования, относящиеся к поведению людей, иначе говоря, довести до их сведения, какие имеются в обществе, одобряются или допускаются возможности, объекты, средства и методы достижения общественно полезных целей и, напротив, какие противоречат интересам общества, государства и граждан. Правовая информированность имеет огромное значение, однако на сегодняшний день ее уровень значительно отстает от потребностей общественного развития и нуждается в существенном повышении. Особое значение это обстоятельство имеет в периоды интенсивного обновления законодательства. Поэтому граждане объективно нуждаются в получении правовой информации о действующем законодательстве, об изменениях, дополнениях, вносимых в него, о новых законах [4, 62].

Правовые средства воздействуют на человека, на социальные отношения и от правильного выбора этих средств зависит, в конечном счете, достижение целей правового регулирования и эффективность права в целом. Результат неверного выбора юридических средств, приемов, заложенных в нормативной основе правового регулирования, — серьезная угроза эффективности механизма действия права.

Наиболее общим образом правовые средства в области юридического регулирования существуют в виде позитивного обязывания, запрещения и дозволения. Они относятся к глубинному слою правовой материи и рассматриваются в качестве способов правового регулирования, которые выражены в правовых нормах и других элементах правовой системы [5, 266].

Средства правового регулирования разделяют на субстанциональные (средства-установления) и действенные (средства-действия), с помощью которых субъекты правоотношений достигают частных и публичных целей [3].

Субстанциональные средства пребывают в сфере должного, так как фиксируются, главным образом, в законах и подзаконных актах, служат моделями для использования, обладают статичностью, а также имеют информационный характер (это сведения об инструментах, закрепленных в законодательстве).

Действенные средства предназначены для использования средств-установлений, проведение их в социальную жизнь.

Правовые средства достаточно многообразны. Поэтому теория права традиционно разделяет правовые средства на различные виды в зависимости от оснований, положенных в основу классификации. Так, по функциям права выделяют регулятивные и охранительные, по уровню правового регулирования — нормативные и поднормативные, по отраслевой принадлежности, по информационно-психологической направленности — правовые стимулы (льготы) и правовые ограничения (наказания), по иерархии и сложности различают сложные (нормы права, принципы права, правоотношения, акты применения права и др.) и простые, которые в свою очередь делятся на первичные (поощрения, рекомендации, наказания и др.) и вторичные (дозволение, обязывание, запрет) [6, 318–319].

С. С. Алексеев, называя способы «средствами», несколько иначе распределяет их по относимости к методу: в императивном (централизованном) методе центральным средством правового воздействия является позитивное обязывание; при децентрализованном методе регулирования вступают в действие дозволения и запреты [5, 271–273].

В теории права принято выделять два первичных способа правового регулирования — дозволение и запрет. В зависимости от сочетания этих двух способов формируется тип правового регулирования. В качестве типов правового регулирования, определяющих специфику реализации правовых функций, выделяются общедозволительный и разрешительный тип. Общедозволительный тип основывается на общем дозволении, из которого путем запрещения делается исключение. Данный тип правового регулирования способствует проявлению инициативности, активности, самостоятельности субъектов права. Разрешительный тип означает, что участник правовых отношений может совершать только действия, которые прямо разрешены законом, а все остальные действия запрещены.

Информационная функция права позволяет субъектам ориентироваться в том, какой тип правового регулирования используется при разрешении жизненной ситуации с помощью права.

Важнейшей стороной метода правового регулирования являются его характеристики в призма положения субъектов права. Так положение участников отношений на одном уровне связано с методом координации, в то время как положение субъектов по вертикали на разных уровнях связано с методом субординации. При его использовании в действие вступают такие способы правового регулирования, как запрет и позитивное обязывание. Метод координации связан с использованием дозволений.

Общедозволительный и разрешительный тип реализации функций права различаются в зависимости от того, какое глубинное явление правовой действительности лежит в основе правового функционирования в определенной сфере — общее дозволение или общий запрет, сочетания дозволений и запретов. Общие дозволения являются глубинными явлениями социального регулирования. Обеспечивая в общественных отношениях социальную свободу, общие дозволения как социальные явления выражают исходные начала выбора

возможного поведения субъектов в различных сферах их жизнедеятельности по собственному усмотрению.

Эффективность воздействия дозволения на поведение индивида обусловлена функционированием специфического для данного вида норм информационно-психологического механизма. Право в отличие от обязанности (активной или пассивной) всегда имеет в сознании человека позитивную окраску, вызывает желание воспользоваться им, реализовать норму. Дозволение выступает своеобразным «мостиком» к удовлетворению субъектом потребности, порождая, таким образом, его правовую активность.

Способы общедозволительного регулирования призваны обеспечить упорядоченную свободу, активность субъектов в сфере правового функционирования, самостоятельный, по собственному усмотрению выбор вариантов возможного поведения. Сфера общедозволительного регулирования в праве — это область деятельности автономных, равноправных субъектов, действующих на началах диспозитивности и преимущественно децентрализованного регулирования. Активное вмешательство государственной власти в такую деятельность субъектов ограничено установлением конкретных запретов, специальных юридических механизмов, обеспечивающих реализацию дозволений.

Дозволение — это предоставленная субъектам возможность совершать самими определенные действия в собственных интересах. Примером осуществления правового регулирования посредством этого способа может быть любая правовая норма, которая предоставляет субъекту право на получение тех или иных благ.

Таким образом, реализация информационной функции права в рамках общедозволительного типа правового регулирования предполагает такой порядок воздействия системы правовых средств на общественные отношения, в основе которого положен принцип общих дозволений, что служит очертанию границ возможностей индивида в правовом поле и выступает критерием правомерного поведения.

Касательно другого правового средства, присущего не только праву в целом, но информационной функции в частности, именуемого как запрет, то он выражается в возложении на субъектов обязанности воздерживаться от осуществления действий определенного рода.

При таком императивном регулировании общественных отношений на волю индивида оказывается некое давление, связанное с невыгодностью положения в случае нарушения рамок поведения установленных запрещающей нормой. Запрет несет в себе отпечаток конфликтных, аномальных и в то же время массовых социальных ситуаций и отображает степень активности социального поведения [1, 148].

Обязанности в правовом регулировании — это правовая основа, с помощью которой происходит реализация правовых норм. Социально-правовые обязанности человека и гражданина представляют собой совокупность норм, которые выражают способность личности приобретать определенные блага для удовлетворения тех или иных потребностей, а также создания благопри-

ятных условий функционирования государства и регулирования общественных отношений.

Реализация социально-правовых обязанностей человека и гражданина зависит не только от декларативных гарантий, содержащихся в правовых предписаниях, но и в целом от всей совокупности факторов (экономических, политических, нравственных, идеологических, духовных и т. д.).

Классификация обязанностей как социально-правового явления возможна по различным основаниям: происхождению, предмету правового регулирования, конституционно-правовым (основным) обязанностям, отраслям права, субъектам правоотношений, субъекту социальной и правовой ответственности, форме исполнения обязанности, характеру осуществления обязанностей в сфере личной безопасности и частной жизни, а также в области государственной, общественной, политической, социально-экономической и культурной жизни. Такая классификация делает возможными четкую реализацию обязанностей личности и динамичное развитие общества и государства [7]. Примером правового регулирования при помощи позитивного обвязывания выступают обязывающие нормы.

В правовых нормах очерчены не только субъективные права, обязанности, но и льготы, поощрения и другие мотивационные правовые средства, которые способны координировать субъекта на правомерное поведение. Такие поощрения способны стимулировать индивида, передавать ему выгоду подчиняться правовым нормативам наряду с запретами и дозволениями.

Как справедливо замечает В. С. Ковальский, правовая информация обладает правообязывающим и коммуникативным характером, и это отличает информационную функцию права от иных функций [12, 48].

Информационная функция права является системной категорией, в качестве элементов которой следует рассматривать: доведение до сведения адресатов необходимой для эффективного правового регулирования информации; ознакомление потенциальных субъектов правоотношений как с позитивными результатами правомерного, так и с негативными последствиями противоправного поведения; определение возможностей и перспективных путей совершенствования правовой реальности [8]. В этом плане правовые средства опосредованы информационной функцией права и воздействуют на сознание и волю людей с целью обеспечения правомерного поведения. Информационная функция права отображает правовую действительность, дает правовым средствам возможность влиять на упорядочение общественных отношений, которые нашли свое выражение в нормативных предписаниях.

### *Литература*

1. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. — М.: БЕК, 1994. — 224 с.
2. Основы применения кибернетики в правоведении / под ред. Н. С. Полевого, П. В. Витрука. М., 1977. — 272 с.
3. Гунин Д. И. Транспарентность и тайна информации: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. И. Гунин. — Екатеринбург, 2008. — 30 с.

4. Общая теория государства и права. Академический курс. В 2 т. Т. 2. Теория права / под ред. М. Н. Марченко. М. : Зерцало, 1998. — 656 с.
5. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Понски и решения / С. С. Алексеев. — М. : НОРМА, 2001. — 752 с.
6. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Эспада, 2005. — 840 с.
7. Юнусов Э. А. Правовые обязанности человека и гражданина: вопросы теории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Э. А. Юнусов. — М., 2008. — 27 с.
8. Бутузов С. В. Информационная функция права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. В. Бутузов. — СПб., 2004. — 24 с.
9. Малько А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8. С. 68–77.
10. Ведерников Ю. А. Теорія держави і права : навч. посіб. / Ю. А. Ведерников, В. С. Грегул. — 4-те вид., допов. і переробл. — К. : Центр навч. л-ри, 2005. — 224 с.
11. Загальна теорія держави і права : підручник / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2002. — 432 с.
12. Ковальський В. С. Охоронна функція права : монографія / В. С. Ковальський. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 336 с.

### Аннотация

**Антошина И. В.** Информационная функция права в реализации правовых средств. — Статья.

В статье речь идет о реализации правовых средств информационной функции права в механизме правового регулирования. Указана классификация таких средств, а также очерчена степень их влияния на правовую действительность и общественные отношения с учетом специфики таких основных правовых средств, как дозволение, обязывание и запрет. Показана связь правовой информации и правовых средств.

**Ключевые слова:** правовая информация, информационная функция права, дозволение, обязывание, запрещение.

### Анотація

**Антошина І. В.** Інформаційна функція права у реалізації правових засобів. — Стаття.

У статті мова йде про реалізацію правових засобів інформаційної функції права у механізмі правового регулювання. Наведена класифікація таких засобів, а також окреслений ступень їх впливу на правову дійсність та суспільні відносини з урахуванням специфіки таких основних правових засобів, як дозвіл, зобов'язання та заборони. Показан зв'язок правової інформації та правових засобів.

**Ключові слова:** правова інформація, інформаційна функція права, дозвіл, зобов'язання, заборона.

### Summary

**Antoshyna I. V.** About the informational influence of law and the informational function of law. — Article.

The article deals with the concept of the informational function of law, in the mechanism of legal regulation. Classification of such means is specified and also there is outlined the degree of their influence on the legal validity and public relations taking into specificity such basic legal means as the permission, compulsion and interdiction. Communication of legal information and legal means is shown.

**Keywords:** legal information, informational function of law, permission, compulsion, interdiction.

### ПРОБЛЕМИ ПІДВИЩЕННЯ ЯКОСТІ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Сучасний рівень розвитку земельних відносин в Україні вимагає вдосконалення якості земельного законодавства. Проте вирішення цього завдання неможливе без визнання його стратегічним пріоритетом державної земельної політики. Держава потребує стабільного, несуперечливого, ефективного земельного законодавства, яке стане основою успішного соціально-економічного і політичного розвитку України.

Земельне законодавство як специфічний інструмент правового регулювання значно впливає на обрання засобів і методів, що використовуються в процесі регулювання земельних відносин. У правовій державі здійснення законодавчої діяльності передбачає досягнення відповідності правомірності і законності, коли нормативно-правові акти, що приймаються від імені всього державно організованого суспільства, в обов'язковому порядку враховують інтереси кожного індивіда і реалізуються всіма суб'єктами земельних правовідносин і, в першу чергу, самою державою. Оскільки правознавство в цілому покликане допомагати законодавцеві в розробці наукових основ управління суспільством і науково обґрунтованих рекомендацій, направлених на вдосконалення цього управління, можна стверджувати, що завданням юридичної науки є надання допомоги законодавцеві в розробці і прийнятті правових норм. Сучасне земельне законодавство розвивається досить інтенсивно і наука земельного права повинна прагнути сприяти цьому процесу, вирішуючи поточні і перспективні проблеми вдосконалення земельного законодавства.

Проблеми, пов'язані з аналізом якісного рівня законодавства, структури і динаміки його розвитку, традиційно привертають увагу науковців. При цьому важливо відзначити, що проблеми якості законодавства вивчаються і як елемент загальної теорії форм права, і як самостійний розділ юридичного знання, і в аспекті галузевих юридичних наук. В науці земельного права України проблеми вдосконалення земельного законодавства досліджувалися такими вченими-правознавцями, як В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, В. К. Гуревський, А. П. Гетьман, І. І. Каракаш, П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошніченко, В. Л. Мунтян, В. В. Носік, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, Н. І. Титова, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга та ін. Проте досі якісний рівень земельного законодавства як цілісне явище не вивчався в рамках окремої наукової роботи.

Завданням даної публікації є визначення напрямків забезпечення ефективності, цілісності й узгодженості земельного законодавства України, що може бути досягнуто шляхом підвищення якісного рівня законів, які складають його систему.

Переходячи до викладення основного матеріалу, хочемо зазначити, що дослідження якісного рівня земельного законодавства перебуває в рамках сучас-

ного пізнання в науці земельного права на етапі становлення і обґрунтування наукової і практичної необхідності. Методологічне значення окреслення шляхів підвищення якісного рівня земельного законодавства України полягає в озброєнні законодавця науково обґрунтованими рекомендаціями щодо створення дієвих і ефективних нормативно-правових актів, направлених на регулювання земельних відносин.

Земельне законодавство покликано забезпечити комплексний підхід до правового регулювання суспільних земельних відносин, реалізувати права громадян на землю. Створення і обґрунтування шляхів підвищення якісного рівня земельного законодавства неможливе без взаємного проникнення і пізнавальної взаємодії різнорівневих наукових концепцій суміжних галузей наукового знання: загальної теорії права, теорії закону, теорії ефективності законодавства. Сьогодні необхідно упорядкувати накопичений наукою земельного права емпіричний матеріал про напрямки підвищення якісного рівня земельного законодавства.

Головним спеціалізованим актом земельного законодавства є Земельний кодекс України. Ухвалення чинного Земельного кодексу 25 жовтня 2001 року відображало, як зазначає П. Ф. Кулинич, еволюцію соціально-економічного та політико-правового розвитку держави і суспільства [1, 310]. Попередня кодифікація земельного законодавства не відповідала тенденціям розвитку регулювання земельних відносин. У зв'язку з цим Ю. С. Шемшученко виділяв три групи проблем, які у той час постали перед науковцями і практиками: методологічна недосконалість Земельного кодексу як акта прямої дії, яким передбачалося прийняття цілої низки законодавчих актів на його розвиток; розробка системи організаційних заходів, які мали здійснюватися підприємствами, установами, організаціями незалежно від форми власності та підпорядкування, спрямованих на реалізацію норм Земельного кодексу; формування нової парадигми науки земельного права [2, 43].

Пізніше проявилися наявні правові прорахунки [3, 98] та конструктивні недоліки ряду інститутів земельного законодавства. Зокрема, спостерігається певна декодифікація, що розглядається Є. А. Гетьман як процес, відповідно до якого нормативно-правові акти на зразок законів, що прийняті після відповідного кодифікаційного закону без урахування принципових положень останнього і без внесення до нього певних змін, по-новому регулюють суспільні відносини. Декодифікація має негативний характер, оскільки замінює всі принципові положення, які були розроблені і враховані кодифікацією [4, 14].

Швидкі темпи соціально-економічних перетворень обумовлюють динамізм нормативного регулювання земельних відносин, врахування їх багатоманітності і специфіки. Прийняття Земельного кодексу України не призупинило процесів кодифікації земельного законодавства. Як зазначає В. І. Андрейцев, кодекс більшою мірою схематизував форму законодавчого акта, але, як правило, далі узагальнень та набору бланкетних норм так і не пішов, оскільки далася взнаки не зовсім виважена доктрина механізму правового регулювання земельних правовідносин, він не став навіть логічним продовженням у правовому регулю-

ванні тих новацій, які були запроваджені попереднім ЗК України. Це не випадково призвело до суперечностей великої частини його правових норм, відмови від деяких правових інститутів, підінститутів земельного права [5, 422].

У чинному Земельному кодексі не враховані висловлені в науковій літературі думки щодо потреби застосування нових методологічних підходів до розроблення системи земельного законодавства, які мають базуватися на нормах Конституції України. Через невідповідність Земельного кодексу Основному Закону держави ускладнюється системний підхід до розроблення і прийняття вітчизняного земельного законодавства [6, 424].

Визнаючи той факт, що земельне законодавство є результатом діяльності суверена, тобто держави, необхідно одночасно враховувати природу даного явища як елементу правової системи, як форми зовнішнього вираження земельного права. У зв'язку з цим, в основі аналізу якості земельного законодавства повинні лежати явища, що відносяться до різних рівнів правової системи. При цьому неможливо створити вичерпний перелік чинників, що чинять непрямий, не функціональний вплив на земельне законодавство. Особливості вітчизняної правової системи, що впливають на земельне законодавство, полягають в тому, що діє принцип множинності джерел земельного права при провідній ролі закону; право в значній мірі залежить від державної земельної політики; правовий нігілізм характерний для всіх сфер суспільства.

Погоджуємось з Т. О. Коваленко з приводу того, що Земельному кодексу повинна бути притаманна організаційна цінність, тому що як кодифікований акт він має закладати підвалини розвитку національної системи земельного законодавства. Земельний кодекс покликаний відігравати інтегруючу роль у земельному законодавстві. У ньому формулюються основні земельно-правові поняття, встановлюються принципи правового регулювання земельних відносин, визначається правовий режим земель різних категорій та правовий статус суб'єктів земельних правовідносин, встановлюються гарантії їх прав тощо. ЗК як результат процесу систематизації земельного законодавства має бути стабільним, що сприяє формуванню стійкої практики регулювання земельних відносин, підвищує гарантованість прав на землю різних суб'єктів, забезпечує ефективність земельно-правового регулювання [7, 52].

Одним з найважливіших завдань законотворчості в галузі використання та охорони земель є ухвалення законів високої правової якості. Проте сьогодні кількісні параметри земельної законотворчості преважують над якісними. В основі оновлення земельного законодавства повинні бути якісні закони, тому потрібне наукове забезпечення законотворчості в галузі земельного законодавства. Проблема забезпечення правової якості законів безпосередньо пов'язана із завданням забезпечення надійної правової захищеності особи у галузі земельних відносин. Різноманітні дефекти в земельному законодавстві знижують його ефективність і провокують правозастосовні помилки, які часто виражаються в порушеннях земельних прав громадян.

Якість земельного законодавства являє собою стійку сукупність якостей, інструментально-правових і техніко-юридичних властивостей окремих законів,

що в сукупності створює передумови ефективності земельного законодавства відповідно до його мети і завдань. Якісний рівень земельного законодавства можна визначити внаслідок аналізу ступеня додержання законодавцем вимог юридичної техніки при створенні актів земельного законодавства; забезпечення учасників земельних відносин правовими засобами захисту земельних прав; закріплення механізму реалізації приписів земельного законодавства; якості законодавчої регламентації юрисдикційних правових засобів.

Інструментально-правова якість законів є самостійним видом їх правової якості. Воно є стійкою сукупністю правових властивостей законів, яка характеризує повноту, несуперечність і точність регламентації в них операційних правових засобів з метою ефективного досягнення певних правових завдань.

Техніко-юридична якість законів — це стала сукупність правових властивостей цих законів, що характеризує ступінь їх відповідності виробленим наукою і законотворчою практикою правилам і прийомам законодавчої техніки. При оцінці техніко-юридичної якості законів аналізу підлягають: якість структуризації законів; якість використання логічних засобів при викладі текстів законів; якість використання мовних засобів при викладі текстів законів [8, 7].

У даний час на перший план виступає завдання якісної підготовки проектів нових нормативно-правових актів земельного законодавства. Адже те, наскільки ефективно прийнятий нормативно-правовий акт впливатиме на впорядкування і розвиток суспільних відносин, передусім залежить від якісних характеристик змісту його конкретних положень, процес формулювання яких відбувається переважно в ході розробки проекту нормативно-правового акта.

До основних критеріїв якості проектів нормативно-правових актів С. Л. Лисенков відносить: відповідність положень проекту положенням Конституції України та нормативно-правових актів вищої юридичної сили; відповідність положень проекту вимогам міжнародно-правових актів, що ратифіковані Україною; недопустимість обмеження чи порушення положеннями проекту законних прав людини і громадянина; відповідність положень проекту завданням і меті, на досягнення якої він спрямований; відсутність колізій між положеннями проекту і чинних нормативно-правових актів рівної з ним юридичної сили; відповідність юридичної форми значенню суспільних відносин, на врегулювання яких проект спрямований; передбачення реального механізму юридичного забезпечення ефективної дії новостворюваного нормативного акта [9, 70–71].

**Висновки.** Підсумовуючи проведене дослідження слід зазначити, що законодавче регулювання земельних відносин є найважливішим (але не єдиним) важелем вирішення земельних проблем і одночасно одним з найважливіших чинників правової дійсності України, вирішальним моментом її правового поля. Забезпечення цілісності й узгодженості земельного законодавства може бути досягнуто удосконаленням чинних законів, виявленням і заповненням прогалин в чинному земельному законодавстві, розробкою рекомендацій з подальшого розвитку земельного законодавства, пошуком шляхів оптимізації земельного законодавства і приведення його у відповідність до Конституції України.

Високий рівень якості земельного законодавства має забезпечуватися наявністю ряду чинників, які можна умовно розділити на матеріальні і спеціально-юридичні. До матеріальних чинників слід віднести сталість соціально-економічних і державно-політичних взаємозв'язків, своєчасне законодавче реагування на важливі процеси з урахуванням перспектив їх розвитку, об'єктивність і обґрунтованість перетворень у галузі земельних відносин, прогнозування необхідності їх юридичного опосередкування у майбутньому. Спеціально-юридичні чинники включають в себе відповідність земельного законодавства Конституції України, видання підзаконних нормативно-правових актів на основі прийнятих законів та спрямованих на виконання їх положень, досконалість законодавчої техніки, юридично усвідомлене використання прийнятого нормативно-правового акта тощо.

Суперечливі тенденції в економічній, політичній та ідеологічній сферах життя нашого суспільства не могли не знайти свого відображення в земельному законодавстві, що є універсальною системою нормативного регулювання земельних відносин. Суперечності між правовими приписами пронизують сьогодні всю систему земельного законодавства України. У його структурі виразно простежується ряд негативних тенденцій — зайва множинність актів при регулюванні одних земельних відносин і водночас їх недостатність при регулюванні інших земельних відносин, незбалансованість законодавчого процесу, численні порушення процедури прийняття законів і правил законодавчої техніки.

Закон завжди вважався найбільш стабільною і консервативною формою правового регулювання суспільних відносин через складну, детально формалізовану процедуру його прийняття та внесення змін. Проте якісним елементом сучасної земельної правотворчості, зокрема законотворчості, є внесення великої кількості змін і доповнень до нормативно-правових актів. За період незалежності України було прийнято близько 70 земельних законів, більше десятка з яких вже втратили юридичну силу, а майже 40 є законами про внесення змін до законів та Земельного кодексу України. Ця обставина створює складності у процесі правозастосування. Підвищення якісного рівня земельного законодавства вимагає регулярного проведення аналізу законодавчого регулювання земельних відносин, узагальнення накопиченого позитивного і негативного досвіду, розгляду типових помилок і розробки заходів по забезпеченню відповідності законів і підзаконних актів Конституції України.

### *Література*

1. Кулинич П. Ф. Земельні кодекси України у XX столітті: еволюція політичних концепцій та законодавчих ідей // *Правова держава*. — К., 2003. — С. 310.
2. Шемшученко Ю. С. Теоретичні засади концепції розвитку законодавства України // *Концепція розвитку законодавства України : матеріали наук.-практ. конф. (Київ, травень 1996 року) / Ін-т законодавства Верховної Ради України ; [редкол.: В. Ф. Опришко (голова) та ін.]*. — К., 1996. — С. 42–44.
3. Каракаш І. І. Політико-правові прорахунки сучасної земельної реформи в Україні та шляхи їх подолання // *Визначальні тенденції генезису державності і права : матеріали міжпар. наук.-практ. конф. : зб. наук. пр.* — Миколаїв : Ілпюп, 2007. — С. 96–99.
4. Гетьман Є. А. Кодифікація законодавства України: поняття, особливості, види : автореф. дис. ...

- канд. юрид. наук : 12.00.01 / Є. А. Гетьман ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2010. — 20 с.
5. Андрейцев В. І. Земельне право і законодавство сучасної України. Актуальні проблеми практичної теорії : монографія / В. І. Андрейцев. — К. : Знання, 2005. — 445 с.
  6. Мілімко Л. В. Правове регулювання відносин права власності на землю та землекористування в Україні // Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007. — Вип. 36. — С. 423–428.
  7. Копаленко Т. О. Земельний кодекс як правова цінність: ab actu ad potentiam // Вісник Міністерства юстиції України. — 2011. — № 1. — С. 50–57.
  8. Игнатенко В. В. Правовое качество законов об административных правонарушениях: теоретические и прикладные проблемы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / В. В. Игнатенко. — Екатеринбург, 1999. — 36 с.
  9. Лисенков С. Л. Про критерії визначення якості проєктів нормативно-правових актів // Державно-правова реформа в Україні : матеріали наук.-практ. конф., листопад 1997 року / Ін-т законодавства Верховної Ради України ; [редкол.: В. Ф. Опришко (голова) та ін.]. — К., 1997. — С. 69–72.

### Анотація

**Каракаш І. І., Сидор В. Д.** Проблеми підвищення якості земельного законодавства України. Стаття.

Стаття присвячена аналізу сучасного стану і перспектив розвитку земельного законодавства України. Обґрунтовується думка про те, що підвищення якісного рівня земельного законодавства вимагає регулярного проведення аналізу законодавчого регулювання земельних відносин, узагальнення накопиченого позитивного і негативного досвіду, розгляду типових помилок і розробки заходів по забезпеченню відповідності законів і підзаконних актів Конституції України.

**Ключові слова:** земельне право, якість закону, земельне законодавство, правове регулювання земельних відносин, удосконалення земельного законодавства.

### Аннотация

**Каракаш И. И., Сидор В. Д.** Проблемы повышения качества земельного законодательства Украины. — Статья.

Статья посвящена анализу современного состояния и перспектив развития земельного законодательства Украины. Обосновывается мысль о том, что повышение качественного уровня земельного законодательства требует регулярного проведения анализа законодательного регулирования земельных отношений, обобщения накопленного позитивного и негативного опыта, рассмотрения типичных ошибок и разработки мероприятий по обеспечению соответствия законов и подзаконных актов Конституции Украины.

**Ключевые слова:** земельное право, качество закона, земельное законодательство, правовое регулирование земельных отношений, усовершенствование земельного законодательства.

### Summary

**Karakash I., Sydor V.** Problems of improving the quality of the land legislation of Ukraine. — Article.

The article is devoted the analysis of the modern state and prospects of development of the land legislation of Ukraine. An idea that the increase of high-quality level of the land legislation requires the regular leadthrough of analysis of the legislative adjusting of the land relations, generalization of the accumulated positive and negative experience, consideration of typical errors and development of measures, on providing of accordance of laws and acts of Constitution of Ukraine is grounded.

**Keywords:** land law, quality of law, land legislation, legal adjusting of the land relations, and improvement of the land legislation.

## РЕФОРМА ЦЕНТРАЛЬНОГО ОРГАНУ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

У суспільстві, організованому на державній основі, переважне значення має державний канал соціально-керуючого впливу. Нині у суспільному житті неможливо відшукати хоча б одну сферу, якої так чи інакше не торкався б управлінський вплив держави. Отже державне управління, як складова публічного управління, є однією з найважливіших форм реалізації державної влади.

Ринкова економіка спонукала до докорінних змін у системі органів управління земельними відносинами, а також у формах та методах управління у зазначеній сфері. Набули широкого застосування економічні методи впливу на суб'єктів цих правовідносин, що, безумовно, позитивно відобразилося на формуванні ринкових відносин. Водночас у результаті реорганізаційних змін суттєво розрісся управлінський апарат земельними відносинами. Тому на даному етапі адміністративної реформи ставиться за мету усунення дублювання повноважень центральних органів виконавчої влади, забезпечення скорочення чисельності управлінського апарату та витрат на його утримання, підвищення ефективності державного управління, в тому числі і у сфері земельних відносин.

Концепцією адміністративної реформи визначено, що метою адміністративної реформи є поетапне створення такої системи державного управління, що забезпечить становлення України як високорозвинутої, правової, цивілізованої європейської держави з високим рівнем життя, соціальної стабільності, культури та демократії, дозволить їй стати впливовим чинником у світі та Європі. Реорганізаційні зміни системи центральних органів виконавчої влади, започатковані Указом Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», є черговим найважливішим етапом адміністративної реформи. Їх подальший розвиток та вдосконалення спонукають до здійснення наукових досліджень означеної проблеми. Основою для здійснення подальших досліджень функціонування та повноважень органів земельних ресурсів, як органів державного управління, послужили праці таких вітчизняних вчених, як В. І. Андрейцева, П. Ф. Кулинич, Н. І. Титової, Ю. С. Шемшученка та інших.

Автором у даній статті ставиться завдання дослідження процесу становлення системи центральних органів виконавчої влади у сфері земельних відносин з часів отримання нашою державою незалежності та перспективи їх подальшого розвитку у зв'язку із подальшою реалізацією адміністративної реформи в Україні.

Система державних органів, що була створена в Україні після отримання державою незалежності, не могла забезпечити належне управління не лише земельними правовідносинами, а й іншими сферами діяльності держави.

Дублювання повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, багатостороння координація діяльності місцевих органів земельних ресурсів, центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин, неврегульованість на законодавчому рівні окремих норм, які стосуються порядку здійснення державного, самоврядного та громадського контролю за використанням та охороною земель, не сприяло належній охороні та раціональному використанню земельних ресурсів.

Виходячи із реальних потреб при переході від командно-адміністративних до ринкових відносин виникла потреба в управлінні суспільними процесами, в тому числі і земельними, по-новому. З цією метою Постановою Верховної Ради України «Про земельну реформу» від 18 грудня 1990 року започаткована реформа у сфері земельних відносин [1], згідно з якою всі землі УРСР з 15 березня 1991 року оголошувалися об'єктом земельної реформи. А у березні 1998 року в Україні була проголошена адміністративна реформа, основною метою якої був вихід із трансформаційної кризи українського суспільства та створення сучасної, ефективної системи державного управління, яке реалізується в першу чергу через органи державної виконавчої влади.

Реформування організаційних структур виконавчої влади, як зазначається у Концепції адміністративної реформи, є найбільш складною ланкою адміністративної реформи в Україні [2].

Центральний орган виконавчої влади земельних ресурсів з часу отримання Україною незалежності зазнавав декількох реорганізаційних змін. Так, Указом Президента України «Про створення єдиної системи державних органів земельних ресурсів» 16 січня 1996 року [3] був створений Державний комітет України по земельних ресурсах. А 14 серпня 2000 року Указом Президента України затверджено нове Положення про Державний комітет України по земельних ресурсах.

Кабінет Міністрів України 31 січня 2007 року своєю Постановою «Про реорганізацію Державного комітету України по земельних ресурсах» [4] створив Державне агентство земельних ресурсів України і підпорядкував його Міністерству охорони навколишнього природного середовища України (Положення про Державне агентство земельних ресурсів України затверджено Постановою Кабінету Міністрів України 4 квітня 2007 року). Цією Постановою повноваження Держкомзему були суттєво звужені.

Однак повноваження, зазначені в положенні, не відповідали тим повноваженням цього органу, що встановлені ЗК України, законами України «Про землеустрій», «Про охорону земель», «Про державний контроль за використанням та охороною земель», «Про оцінку земель», «Про державну експертизу землепорядної документації», «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та деякими іншими законодавчими актами.

Така ситуація була частково виправлена лише в березні 2008 року шляхом затвердження Кабінетом Міністрів України нового Положення про Державний комітет України із земельних ресурсів. У подальшому відбулася реорганізація усієї системи органів управління земельними відносинами на місцях [5].

Поряд із юристами-практиками вченими були запропоновані напрямки реорганізації органів управління земельними відносинами, але вони виявилися вкрай різновекторними.

Так, на думку Н. І. Титової, повноваження центрального органу виконавчої влади у галузі земельних відносин Земельним кодексом України завищено. Зокрема, серед цих повноважень «розроблення економічного і правового механізму регулювання земельних відносин», як функціонального органу. На її думку, дана функція повинна належати Верховній Раді та Кабінету Міністрів України як і функція «здійснення міжнародного співробітництва в галузі земельних відносин» [6, 74–78].

П. Ф. Кулинич вважає, що, враховуючи великий обсяг повноважень Держкомзему, було б доцільним підпорядкувати Центр державного земельного кадастру при Держкомземі України Міністерству юстиції України, створивши на його основі Національне агентство з питань державної реєстрації прав на нерухоме майно [7].

За пропозицією А. Т. Кукоби повноваження Держкомзему України варто обмежити розробленням та впровадженням загальнодержавних програм, що стосуються земельних відносин, та контролем за дотриманням відповідного законодавства [8].

Очевидно, що серед вчених відсутня єдина позиція щодо напрямків реорганізації центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин та встановлення його повноважень. Однак, усі вони одностайні у думці, що є необхідність у звуженні повноважень Державного комітету із земельних ресурсів.

В той час коли між вченими точилися суперечки щодо напрямків реорганізації органів земельних ресурсів, Президентом України активізована робота щодо здійснення адміністративної реформи у державі. Ключовими нормативно-правовими актами, відповідно до яких змінюється система центральних органів виконавчої влади та у загальному вигляді окреслені їх повноваження, стали укази Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 9 грудня 2010 року [9] і «Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» від 24 грудня 2010 року [10].

Державне агентство земельних ресурсів, відповідно до Указу Президента «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» є центральним органом виконавчої влади України, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра аграрної політики та продовольства України.

Указом Президента «Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» закріплено, що основними завданнями центрального органу виконавчої влади є реалізація державної політики у визначеній Президентом України сфері, а також внесення пропозицій щодо її формування.

Основними завданнями Державного агентства земельних ресурсів, як цент-

рального органу виконавчої влади відповідно до покладених на нього завдань, повинні бути:

- надання адміністративних послуг;
- здійснення державного нагляду (контролю);
- здійснення управління об'єктами державної власності;
- узагальнення практики застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробка пропозицій щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, нормативно-правових актів міністерств та в установленому порядку подання їх члену Кабінету Міністрів України, який спрямовує та координує діяльність центрального органу виконавчої влади (міністру);
- здійснення інших повноважень, визначених законами України та покладених на нього Президентом України.

Водночас для спрямування та координації діяльності центральних органів виконавчої влади відповідним міністрам (у даному випадку — міністром аграрної політики та продовольства України) надається право здійснення контролю за реалізацією політики центральним органом виконавчої влади, погодження та подання розроблених центральним органом виконавчої влади проєктів нормативно-правових актів, визначення пріоритетних напрямів його роботи, участь у процедурі призначення його керівника та заступників керівника (їх, між іншим, не може бути більше двох), погодження структури апарату та системи територіальних органів тощо. Таким чином між Державним агентством земельних ресурсів та Міністерством аграрної політики та продовольства України встановлена часткова підпорядкованість.

Як зазначив міністр юстиції Олександр Лавринович в інтерв'ю газеті «Урядовий кур'єр», запропонована модель управління не передбачає можливості втручання міністра у здійснення діяльності центральним органом виконавчої влади до тих пір, поки центральний орган виконавчої влади діє на підставі закону. В іншому разі міністр уповноважений порушувати перед Кабінетом Міністрів України питання щодо скасування актів центрального органу виконавчої влади, може доручити керівнику центрального органу виконавчої влади скасувати акти його територіальних органів (а в разі відмови скасувати їх самостійно), порушує перед Президентом України питання щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності керівника центрального органу виконавчої влади та його заступників тощо [11].

Центральний орган виконавчої влади здійснює свої повноваження безпосередньо та через свої територіальні органи в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, районах, районах у містах, містах обласного, республіканського (Автономної Республіки Крим) значення (у разі їх утворення). Нині територіальними органами Центрального органу виконавчої влади у галузі земельних відносин є: Головні управління в області, Головні управління в містах Києві та Севастополі, Управління (відділ) в місті обласного та районного значення, Управління (відділ) в районі (Положення про ці органи затверджені наказом Держкомзему від 17 червня 2008 року № 123).

Слід наголосити, що функціонування цих органів цілком відповідає положенням Указу Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади». Водночас, оптимізація центральних органів виконавчої влади передбачає і внутрішні реорганізаційні зміни територіальних органів Державного агентства земельних ресурсів.

Звершити процес реорганізації центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин повинно внесення змін і доповнень до законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, якими визначені повноваження центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин та його територіальних органів, зокрема до ЗК України, законів України «Про землеустрій», «Про охорону земель», «Про державний контроль за використанням та охороною земель», «Про оцінку земель», «Про державну експертизу землепорядної документації», «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших. Така робота досить складна і громізка, потребує глибокого аналізу практичної діяльності цих органів і їх повноважень, закріплених у правових актах.

Отже, необхідно відзначити, що система органів державної влади у сфері земельних відносин має серйозні внутрішні проблеми. Постійні кадрові переміщення та структурні реорганізації у зазначених органах призводять до дублювання функцій, які передбачаються у багатьох положеннях.

Однією з головних умов ефективної діяльності органів державного управління у сфері земельних відносин повинна бути повна прозорість і відкритість їх діяльності, автоматизація роботи, а також персоніфікація відповідальності за прийняття управлінських рішень. Цьому можуть ефективно сприяти подальші кроки адміністративної реформи, започатковані Указом Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади».

У зв'язку з цим вважаємо, що заслуговує на цілковиту підтримку думка видатного ученого-юриста, фундатора сучасної української школи працівників-управлінців академіка В. В. Цветкова про те, що важливим напрямом розвитку системи державного управління в Україні має бути значне розширення сфери дії механізму соціальної саморегуляції [12, 152].

### Література

1. Про земельну реформу : постанова Верховної Ради України від 18 груд. 1990 р. у ред. від 22 верес. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 17. — Ст. 10.
2. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22 лип. 1998 р. № 810/98. в ред. від 28 трав. 2006 р. // Офіційний вісник України. — 1999. — 11 черв. — С. 32.
3. Про створення єдиної системи державних органів земельних ресурсів : Указ Президента України від 16 січ. 1996 р. за станом на 19 серп. 2002 р. // Урядовий кур'єр. — 1996. — 13 січ.
4. Про реорганізацію Державного комітету України по земельних ресурсах : постанова Кабінету Міністрів України 31 січ. 2007 р. № 69 // Офіційний вісник України. — 2007. — 12 лют. — Ст. 281. — С. 32.
5. Про затвердження Положення про Державний комітет України із земельних ресурсів : постанова Кабінету Міністрів України від 19 берез. 2008 р. № 224 // Урядовий кур'єр. — 2008. — 23 квіт., № 76.

6. Титова Н. І. Новий Земельний кодекс України: позитивні та негативні аспекти // *Право України*. 2002. № 4. С. 74–78.
7. Кулинич П. Ф. Як нам реорганізувати Держкомзем [Електронний ресурс] // *Юридичний вісник України*. — 2005. — 19 лют. — Режим доступу: [http://www.yurine.com.ua/legal\\_bulletin\\_of\\_Ukraine/archive/?aid=622&jid=89](http://www.yurine.com.ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=622&jid=89).
8. Кукоба А. Т. Земля у містах: власність реальна чи віртуальна // *Голос України*. — 2003. — № 215.
9. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 9 груд. 2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/12584.html>.
10. Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 24 груд. 2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/12729.html>.
11. Інтерв'ю Міністра юстиції Олександра Лавриновича газеті «Урядовий кур'єр» № 35 від 24 лют. 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=244092793&cat\\_id=243537710](http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=244092793&cat_id=243537710).
12. Цветков В. В. Державне управління: основні фактори ефективності (політико-правовий аспект) / В. В. Цветков. — Х., 1996. — 164 с.

### Анотація

*Мілимко Л. В.* Реформа центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблеми становлення та функціонування центрального органу виконавчої влади у сфері земельних відносин, а також перспективам його діяльності з огляду на стратегію і тактику здійснення адміністративної реформи.

*Ключові слова:* центральний орган виконавчої влади, Державне агентство земельних ресурсів України, земельна реформа, реорганізація, діяльність органів державного управління у сфері земельних відносин.

### Аннотация

*Милимко Л. В.* Реформа центрального органа исполнительной власти в сфере земельных отношений. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению проблемы становления и функционирования центрального органа исполнительной власти в сфере земельных отношений, а также перспективам его деятельности, учитывая стратегию и тактику осуществления административной реформы.

*Ключевые слова:* центральный орган исполнительной власти, Государственное агентство земельных ресурсов Украины, земельная реформа, реорганизация, деятельность органов государственного управления в сфере земельных отношений.

### Summary

*Milimko L.* Reform of the central executive authority in the field of land relations. — Article.

This article examines the problem of formation and functioning of the central executive authority in the field of land relations and the prospects for its activities in view of the strategy and tactics of administrative reform.

*Keywords:* executive authority, the State Agency for Land Resources of Ukraine, land reform, reorganization of government activities in the field of land relations.

### СТАНДАРТ ДОЛЖНОЙ ОСМОТРИТЕЛЬНОСТИ («DUE DILIGENCE STANDARD») В МЕЖДУНАРОДНОМ АНТИДИСКРИМИНАЦИОННОМ ПРАВЕ

Обязанность государства защищать лиц, находящихся под его юрисдикцией, от проявлений дискриминации является фундаментальным принципом международного антидискриминационного права. Широко признано, что проявления дискриминации в частной сфере, например во взаимоотношениях между частными лицами/группами и негосударственными субъектами, являются серьезным поводом для беспокойства. Международное антидискриминационное право налагает на государства обязательство вести эффективную борьбу с дискриминацией и защищать людей от ее воздействия в частной сфере (горизонтальный эффект). Вместе с тем негосударственные субъекты обязаны не только воздерживаться от дискриминации, но и обеспечивать соблюдение принципов равенства и недискриминации в рамках своей деятельности. В Дурбанской декларации и Программе действий подтверждается такая двухуровневая ответственность. В ней содержится призыв к субъектам частной сферы осуществлять борьбу с расизмом и ксенофобией и подчеркивается важность искоренения этого явления государствами не только из общественной, но и из частной жизни [1].

В соответствии со «стандартом должной осмотрительности» или «распорядительности» («due diligence standard») государства несут ответственность за невыполнение своих международных обязательств в тех случаях, когда существенные дискриминационные правонарушения совершаются частными лицами, поскольку государства обязаны проявлять «должную осмотрительность» в целях предупреждения дискриминации, защиты от нее и минимизации последствий дискриминации со стороны негосударственных акторов.

Due diligence standard со времен Гуго Гроция и Сэмюэля Пуффендорфа занимает заметное место в международно-правовых исследованиях. Обязательство государств проявлять должную распорядительность рассматривали в своих трудах Д. Анцилотти, П. Дюпюи. В современном международном праве этому вопросу серьезное внимание уделяют многие специалисты, в частности, Г. Амадор, Дж. Анайи, Х. Бломейер-Бартенштейн, Р. П. Барнидж, Ж. Бурк-Мартиньони, Б. Демейер, Дж. Рагги, М. Хьюбер, Я. Эртюрк.

Понятие должной осмотрительности получило широкое распространение в международном праве после гражданской войны в Соединенных Штатах Америки, главным образом, в связи с делом об Алабаме («Alabama Claims», 1871) [2]. Первоначально due diligence standard в международном праве интерпретировался как принцип ответственности суверена за причинение ущерба иностранным подданным. Он предусматривал определенный стандарт бдительности, которая должна быть проявлена государством, чтобы предотвратить причинение ущерба иностранцам и их имуществу в результате частного насилия [3].

Со временем значимость понятия должной осмотрительности существенно возросла и вышла за пределы причинения ущерба иностранным частным лицам на территории государства. Due diligence standard применяется во многих областях международного права к различным фактам и обстоятельствам. В контексте современного терроризма, например, этот принцип может быть применен для признания государств ответственными за свои действия или бездействия, когда террористические акты совершены негосударственными лицами.

Стандарт должной осмотрительности в рамках международного права прав человека во все большей степени становится показателем того, в какой степени государство соблюдает свои обязательства предотвращать нарушения прав человека [4]. Принцип должной осмотрительности был, в частности, закреплён в межамериканской системе прав человека в 1988 году в историческом решении Межамериканского суда по правам человека по делу Velasquez Rodriguez v. Honduras [5]. Межамериканская комиссия по правам человека отметила, что обязанность государств принимать превентивные меры предусматривает «все те меры юридического, политического, административного и культурного характера, которые способствуют защите прав человека и обеспечивают возможность для эффективного рассмотрения возможных нарушений прав человека в качестве противоправных деяний, которые как таковые могут повлечь за собой наказание и обязанность возместить жертвам таких деяний причиненный ущерб» [6].

Позднее принцип осмотрительности был четко сформулирован Межамериканским судом по правам человека в решении в по делу Гонсалес и др. против Мексики (Cotton Field v. Mexico) в 2009 году. При рассмотрении этого дела, касающегося похищения, убийства двух несовершеннолетних девушек и молодой женщины и сексуального насилия над ними, которые были совершены частными лицами в 2003 году, суд расширительно истолковал обязательство государства проявлять должную распорядительность в отношении предотвращения, расследования насилия в отношении женщин и назначения наказания за него. Суд постановил, что государство «должно предпринять разумные шаги, чтобы предотвратить нарушения прав человека и использовать имеющиеся в его распоряжении средства, чтобы осуществить надлежащее расследование нарушений, совершенных в пределах его юрисдикции, установить совершивших их лиц, наложить соответствующее наказание и гарантировать жертве соответствующую компенсацию» [7]. Суд установил, что мексиканское государство нарушило права на жизнь, свободу, физическую неприкосновенность, на доступ к правосудию и к средствам правовой защиты, а также право не подвергаться дискриминации по признаку пола в соответствии с Межамериканской конвенцией о предотвращении и искоренении насилия в отношении женщин и наказании за него. Суд указал на то, что в условиях структурной дискриминации усилия государства должны быть нацелены на изменение такой ситуации и исправление сложившегося положения [8].

Международное антидискриминационное право обязывает государства проявлять должную осмотрительность в целях предотвращения дискриминации

со стороны частных субъектов. Как подчеркивает в своем докладе «Принцип должной осмотрительности как средство искоренения насилия в отношении женщин» Специальный докладчик по вопросу о насилии в отношении женщин, его причинах и последствиях Я. Эртюрк, «понятие должной осмотрительности служит мерилom для определения того, выполняет или не выполняет государство свои обязательства по борьбе с насилием в отношении женщин. Однако в том, что касается объема и содержания этого понятия, полной ясности не существует. Многочисленность различных форм насилия в отношении женщин, а также то обстоятельство, что такое насилие нередко происходит на стыке различных видов дискриминации, делает необходимым принятие многогранных стратегий по эффективному предупреждению насилия и борьбы с ним [9].

По мнению Г. Амадора, должная осмотрительность включает в себя: должную заботливость при принятии мер, обычно предпринимаемых в конкретных обстоятельствах данного случая, возможность предвидеть причиняющие вред деяния и возможность их предотвращения с помощью имеющихся в государстве ресурсов, необходимое употребление власти при задержании индивидов, которые совершили принесшие вред деяния, и предоставление иностранцам возможности возбудить иск в отношении таких индивидов. Г. Амадор заметил, что «правоведы почти единодушны в том, что норма «должной осмотрительности» не может быть сведена до ясного и точного определения, которое могло бы служить в качестве объективного и автоматического стандарта для определения, независимо от обстоятельств, является ли то или иное государство «осмотрительным» при выполнении своей обязанности, связанной с проявлением бдительности и защитой» [10]. Важнейшей особенностью принципа должной осмотрительности является то, что он не требует присвоения (attributability) государству поведения негосударственного актора [11]. Притом что действия или бездействие негосударственных субъектов, осуществленные вне прямой связи с государством, государству не присваиваются, государство не освобождается от своей обязанности проявлять должную распорядительность.

Комитет по экономическим, социальным и культурным правам в своем «Замечании общего порядка № 20. Недискриминация экономических, социальных и культурных прав (п. 2 ст. 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах)» отметил: «Дискриминация часто имеет место в семьях, на рабочих местах и в других секторах общества. Например, субъекты частного жилищного сектора (например, частные домовладельцы, кредиторы и лица, распределяющие государственное жилье) могут прямо или косвенно отказывать в предоставлении жилья или ипотеки на основании этнического происхождения, семейного положения, инвалидности или сексуальной ориентации, а некоторые семьи могут не разрешать девочкам посещать школу. Поэтому государства-участники должны принять меры, которые следует включить в законодательство с целью обеспечения того, чтобы отдельные лица и образования в частной сфере не прибегали к дискриминации на запрещенных основаниях [12].

Усилия государств по соблюдению своего обязательства проявлять должную распорядительность должны быть сконцентрированы не только на законодательных мерах, доступе к правосудию и оказанию помощи пострадавшим, но также касаться вопросов предотвращения, особенно с точки зрения устранения структурных причин, ведущих к дискриминации. Посредством имплементации существующих стандартов в области прав человека государствам следует обеспечивать, чтобы коренные причины и последствия дискриминации устранялись на всех уровнях общества. Государствам следует рассматривать множественные формы и различные виды дискриминации, с которыми они сталкиваются, с тем чтобы принять многоаспектные стратегии эффективного предотвращения этого дискриминации и борьбы с этим явлением [13].

Важно подчеркнуть, что отраженный в Международном пакте о гражданских и политических правах [14] запрет дискриминации распространяется не только на дискриминационные проявления со стороны государственной власти. В этой связи следует обратить особое внимание на содержащийся в Замечании общего порядка № 31 Комитета по правам человека комментарий относительно характера общего юридического обязательства, налагаемого на участников Пакта, поскольку в нем затрагивается вопрос о применимости положений Пакта к частным лицам как носителям обязанностей. Комитет констатирует, что позитивные обязательства государств-участников по обеспечению соблюдения предусмотренных Пактом прав будут выполнены полностью только в том случае, если люди будут защищены государством не только от нарушения предусмотренных Пактом прав представителями государства, но и от актов, совершаемых частными лицами или негосударственными образованиями, наносящими ущерб осуществлению предусмотренных Пактом прав в той мере, в какой они могут применяться в отношениях между частными лицами или негосударственными образованиями», и конкретизирует, что «могут иметь место такие обстоятельства, при которых необеспечение признаваемых в Пакте прав, как это требуется положениями статьи 2, приведет к нарушениям государствами-участниками этих прав...» [15].

В последние годы *due diligence standard* все чаще применяется к при решении различных вопросов прав человека — от торговли людьми до обязательств транснациональных корпораций [16]. Меры, которые надлежит принять государствам-участникам, включают не только недопущение насилия и других преступных форм дискриминации, но предотвращения проявлений дискриминации в деятельности частных субъектов в области политики и практики в сфере образования, занятости и здравоохранения, с точки зрения условий труда и в других сферах.

Как отмечает Специальный докладчик по вопросу о правах коренных народов Дж. Анайи, международное сообщество достигло определенного уровня консенсуса относительно признания ответственности коммерческих предприятий за обеспечение соблюдения прав человека. Отражением этого консенсуса является установление, как на международном, так и на национальном уровне, многочисленных механизмов регулирования и саморегулирования сферы кор-

поративной ответственности. «Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека» [17], были одобрены Советом по правам человека [18]. Не вдаваясь в вопрос об их правовом статусе, следует заметить, что существуют различные документы и механизмы, касающиеся сферы корпоративной ответственности, в которых четко проявляется общественное осознание и необходимости повышения корпоративной ответственности и ее распространения на сферу прав человека. Центральным элементом этой нормативной базы является закрепление общей обязанности компаний обеспечивать соблюдение международных стандартов в области прав человека в рамках правила проявления должной осмотрительности [19].

Принцип должной осмотрительности в международном антидискриминационном праве рассматривается как «норма поведения», а не норма, определяющая результат [20]. Иными словами, государства должны принимать надлежащие меры по предупреждению нарушений со стороны частных субъектов, в том числе предприятий, ущемляющих права лиц, на своей территории и/или в рамках своей юрисдикции, расследованию таких нарушений, наказанию виновных и возмещению ущерба пострадавшим [21].

Безусловно, как справедливо подчеркивает Специальный представитель Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях Дж. Рагги, краеугольным камнем режима защиты прав человека является роль государств. Обязанность обеспечивать защиту от дискриминации должна рассматриваться в качестве первоочередной задачи политики правительств, обусловленной растущей уязвимостью людей и групп людей по отношению к злоупотреблениям со стороны корпораций, а также растущей подверженностью компаний социальным рискам, с которыми они явно не могут надлежащим образом справиться. Однако для решения задач, стоящих в области бизнеса и прав человека, необходимо также активное участие негосударственных субъектов [22]. Существует потребность в более широком понимании обязательства по обеспечению должной осмотрительности, при котором сфера его действия не ограничивается пределами государств [23]. Применительно к корпорациям стандарт должной осмотрительности в контексте международного антидискриминационного права означает определенные меры, которые компания должна предпринять, чтобы предвидеть, предотвратить и устранить негативные последствия своей деятельности применительно к правам человека [24].

Дж. Рагги сформулировал основные концептуальные положения триединой политики: «защищать, соблюдать и восстанавливать в правах». Суть этой политики состоит в обязательстве государств защищать от злоупотреблений в области прав человека, совершаемых третьими сторонами, включая бизнес, обязанности компаний соблюдать права человека и необходимости в доступе к эффективным средствам восстановления в правах и механизма обжалования для устранения предполагаемых нарушений прав человека. Эти три принципа основаны на дифференцированных, но взаимодополняющих обязанностях и образуют единое целое, в котором каждый из них дополняет другие, ведя к устой-

чивому прогрессу. Совет по правам человека в своей принятой консенсусом резолюции 8/7 приветствовал определение этих рамок [25].

Определяя сферу стандарта должной осмотрительности в контексте защиты прав человека, Дж. Рагги указал на то, что компаниям следует учитывать три ряда факторов. Первый из них — это страновой контекст, в котором протекает их хозяйственная деятельность, что позволяет высветить любые конкретные трудности с правами человека, которые могут в этой связи возникать. Второй ряд — это вопрос о том, какого рода воздействие на права человека может оказывать в этом контексте их собственная деятельность. Третий ряд — это вопрос о том, могут ли они приводить к нарушениям через связанные с этой деятельностью отношения. Компании должно быть известно о проблемах в области прав человека в тех местах, где она занимается хозяйственной деятельностью, с тем чтобы оценить, какие особые трудности могут возникать для нее в этом контексте [26].

Признавая, что этому вопросу уделяется значительное внимание, приходится констатировать, что предпринимаемые меры пока не могут быть признаны достаточными. К. Скотт в этой связи пишет: «Невзирая на то, что способность транснациональных (или многонациональных) корпоративных предприятий (ТНК или БНП) и нарушать права человека которое может интуитивно кажется очевидной, движение в направлении ответственности корпоративных субъектов за нарушения прав человека было и остается гонкой с препятствиями. Важно, что в правовой теории БНП доньше рассматриваются больше как пользователи определенных прав, нежели носители обязательств относительно прав человека» [27].

Деятельность транснациональных корпораций нередко ведет к дискриминации коренных народов, утрате их исконных земель, загрязнению окружающей среды, насильственному переселению, наносит непоправимый ущерб их культуре, духовности и традиционным знаниям. Корпорации все чаще вторгаются на территорию коренных народов, что приводит к серьезным социальным конфликтам и порождает всплески насилия, что в свою очередь приводит к новым нарушениям прав человека. Именно на корпорации ложится обязанность соблюдать права человека, и эта концепция проявления должной осмотрительности нашла отражение в Глобальном договоре Организации Объединенных Наций как важнейшей на сегодняшний день международной инициативе, гарантирующей признание бизнесом своей социальной ответственности [28].

В контексте проявления должной осмотрительности на компаниях лежит ответственность за заблаговременное установление факта существования коренных народов, которые могут быть затронуты их будущей деятельностью, и прогнозирование того, насколько они могут пострадать от подобной деятельности. Второй элемент, составляющий часть должной осмотрительности, которую надлежит проявлять тем компаниям, деятельность которых сопряжена с потенциальным воздействием на коренные народы, касается выявления их исконных прав собственности или владения и использования земель, территорий и природных ресурсов, и этот вопрос имеет важнейшее значение для эф-

фективного осуществления коренными народами своих прав человека. Отсутствие официального признания государством прав на землю или ресурсы не дает достаточных оснований для того, чтобы компании не уважали права коренных народов на землю в соответствии с международными стандартами. Поэтому принцип должной осмотрительности предусматривает, что компании должны проводить независимую оценку прав, на которые могут претендовать коренные народы в соответствии с критериями, закрепленными в международных документах. Принцип должной осмотрительности требует также, чтобы компании признавали обязанность государств консультироваться с коренными народами (и, в ряде случаев, получать их согласие) до принятия мер, которые могут непосредственно сказываться на них, особенно при реализации проектов, затрагивающих их традиционные территории. Компании не должны пытаться подменять государство в ситуациях, когда международными нормами предписывается прямая ответственность последних за проведение консультаций; напротив, они должны содействовать тому, чтобы государство полностью брало на себя такую ответственность. Кроме того, компании будут действовать в нарушение правила должной осмотрительности применительно к соблюдению прав человека, если они соглашаются браться за реализацию конкретных проектов в условиях, когда государство не гарантирует проведение надлежащих консультаций с коренными народами [29].

Транснациональные корпорации и другие предприятия должны обеспечивать равные возможности и равное обращение в целях ликвидации дискриминации. Эта деятельность может осуществляться также во исполнение специальных мер, направленных на преодоление дискриминации [30].

Таким образом, следует признать, что в условиях глобализации рисков правозащитный потенциал принципа должной осмотрительности существенно возрастает. Due diligence standard в международном антидискриминационном праве функционирует на двух уровнях. На первом уровне он обязывает государство предпринимать эффективные меры к защите от дискриминации лиц, находящихся под их юрисдикцией, наказанию виновных, возмещению жертвам дискриминации причиненного вреда и предотвращению дискриминационных правонарушений со стороны негосударственных субъектов. На втором уровне стандарт должной осмотрительности обращен к негосударственным субъектам — транснациональным корпорациям и другим предприятиям — и обязывает их предпринимать необходимые меры к тому, чтобы предвидеть, предотвращать и устранять дискриминационные последствия своей деятельности.

#### *Литература*

1. UN Doc. A/HRC/4/WG.3/6. — Paras. 131, 132.
2. Blomeyer-Bartenstein H. «Due Diligence» // Encyclopedia of Public International Law. Vol. 1 / ed. by R. Bernhardt. — Amsterdam : North-Holland Publishers, 1987. — P. 138–139.
3. Bourke-Martignoni J. The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence // Due diligence and its application to protect women from violence / ed. by C. Benninger-Budel. — Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008. — P. 47–62.

4. UN Doc. E/CN.4/2006/61. Para. 29.
5. Ibid. Paras. 19, 20.
6. UN Doc. E/CN.4/2006/61. — Para. 31.
7. Robert B. Barnidge, Jr. The Due Diligence Principle Under International Law // International Community Law Review. — 2006. — N 81. — P. 81.
8. UN Doc. A/HRC/14/22. — Paras. 72, 77, 78.
9. UN Doc. E/CN.4/2006/61. Paras. 14, 16.
10. UN Doc. A/CN.4/501. — Paras. 21, 27.
11. Nystuen G. Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment / G. Nystuen, A. Føllesdal, O. Mestad. — Cambridge : Cambridge Univ. Press, 2011. — P. 214.
12. UN Doc. E/C.12/GC/20. — Para. 11.
13. UN Doc. E/CN.4/2006/61. Para. 16.
14. International Covenant on Civil and Political Rights (1966). United Nations, Treaty Series, Vol. 999, P. 171 and Vol. 1057, P. 407. — Art. 2, 4, 20–27.
15. CCPR. General Comment N 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant. Adopted on 29 March 2004. — Para. 8.
16. UN Doc. A/HRC/8/5. Para. 28.
17. UN Doc. A/HRC/17/31.
18. UN Doc. A/HRC/RES/17/4.
19. UN Doc. A/66/288. — Paras. 92, 93.
20. UN Doc. A/HRC/8/16. — Para. 23.
21. UN Doc. A/HRC/8/5. Para. 7.
22. Ibid. Paras. 2, 50.
23. UN Doc. E/CN.4/2006/61. — P. 6.
24. UN Doc. A/HRC/8/5. — Para. 56.
25. Ibid. — Paras. 26, 27.
26. UN Doc. A/HRC/8/16. Paras. 19, 20.
27. Скотт К. Багатонаціональні підприємства і виникнення судового досвіду у сфері порушень економічних, соціальних і культурних прав // Економічні, соціальні й культурні права / за ред. А. Бйде, К. Краузе, А. Розаса; пер. з англ. Г. С. Краснокутського; наук. ред. Г. І. Чапіншева. — О., 2006. — С. 497.
28. UN Doc. E/C.19/2011/12. Para. 19.
29. UN Doc. A/66/288. Paras. 95–100.
30. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.1. 4 August 2003.

### Аннотация

*Дрёмина-Волок Н. В.* Стандарт должной осмотрительности («due diligence standard») в международном антидискриминационном праве. — Статья.

Статья посвящена анализу «стандарта должной осмотрительности» в контексте предупреждения и противодействия дискриминации. Автор приходит к выводу, что стандарт должной осмотрительности в международном антидискриминационном праве функционирует на двух уровнях. На первом уровне он обязывает государство предпринимать эффективные меры к защите от дискриминации лиц, находящихся под их юрисдикцией, наказанию виновных, возмещению жертвам дискриминации причиненного вреда и предотвращению дискриминационных правонарушений со стороны негосударственных субъектов. На втором уровне due diligence standard обращен к негосударственным субъектам — транснациональным корпорациям и другим предприятиям — и обязывает их предпринимать необходимые меры к тому, чтобы предвидеть, предотвращать и устранять дискриминационные последствия своей деятельности.

*Ключевые слова:* стандарт должной осмотрительности (due diligence standard), международное антидискриминационное право, дискриминация, защита прав человека, транснациональные корпорации.

### Анотація

*Дрьоміна-Волок Н. В.* Стандарт належної обачності («due diligence standard») в міжнародному антидискримінаційному праві. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу «стандарту належної обачності» в контексті попередження та про-

тидії дискримінації. Автор доходить висновку, що стандарт належної обачності в міжнародному антидискримінаційному праві функціонує на двох рівнях. На першому рівні він зобов'язує державу вживати ефективних заходів щодо захисту від дискримінації осіб, які перебувають під їх юрисдикцією, покарання винних, відшкодування жертвам дискримінації заподіяної шкоди та запобігання дискримінаційним правопорушенням з боку недержавних суб'єктів. На другому рівні *due diligence standard* звернений до недержавних суб'єктів — транснаціональних корпорацій та інших підприємств і зобов'язує їх вживати необхідних заходів для того, щоб передбачати, запобігати та усувати дискримінаційні наслідки своєї діяльності.

*Ключові слова:* стандарт належної обачності (*due diligence standard*), міжнародне антидискримінаційне право, дискримінація, захист прав людини, транснаціональні корпорації.

### Summary

*Dryomina-Voloc N. V.* The due diligence standard in the international anti-discrimination law. Article.

The article analyzes the «due diligence standard» in the context of discrimination prevention and counteraction. The author concludes that in the international anti-discrimination law the due diligence standard operates at two levels. At the first level, it obliges the state to take effective measures to protect people under their jurisdiction against discrimination, to punish those responsible for it, to provide compensation for damages to victims of discrimination, and to prevent commission of discriminatory offenses by non-state actors. At the second level the due diligence standard is addressing the non-state actors — transnational corporations and other businesses — and requires from them to take the necessary measures to anticipate, prevent and eliminate the discriminatory effects of their activities.

*Keywords:* due diligence standard, international anti-discrimination law, discrimination, human rights, transnational corporations.

УДК 340.132.001.8:341.01

О. М. Іванченко

### УЗГОДЖЕННЯ НОРМ НАЦІОНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: ЮРИДИКО-ТЕХНІЧНИЙ АСПЕКТ

Питання поглиблення реформаційних процесів, подальшого вдосконалення національного законодавства на основі Конституції України і приведення його у відповідність з міжнародно-правовими актами, згідно з якими наша держава має певні зобов'язання перед міжнародними організаціями, є одним з головних напрямів діяльності Верховної Ради. Зазначене є особливо важливим для України, в контексті її участі у сучасних світових процесах та міжнародних відносинах і повинно бути інтегруючим чинником державотворення, здатним об'єднати зусилля всіх політичних сил та інтелектуальний потенціал нашого суспільства.

Сучасне суспільство характеризується поглибленням трансформаційних процесів. При розв'язанні завдань гармонізації суспільства та розбудови правової, демократичної, соціальної держави особливо важлива роль належить правовій системі, яка виступає стабілізуючим і організуючим чинником, впливає на характер змін у суспільстві, удосконалює законодавчий процес, підвищує ефективність юридичного регулювання, формує суспільну та індивідуальну свідомість [1].

Вивченню юридико-технічних аспектів дії будь-яких елементів механізму правового регулювання неминуче повинно передувати принаймні принципове узгодження деяких позицій політико-аксіологічного й аксіологічно правового ґатунку, без чого обговорення проблем правового інструментарію досягнення політичних цілей, ступінь відповідності яких національним інтересам залишається нез'ясованим, буде суто формальним та соціально беззмістовним. З огляду на це важливим є відокремлення тимчасових і партикулярних політичних інтересів у сфері євроінтеграції від загальнонаціонального політичного інтересу в цій сфері, ціннісне осмислення якого, власне, й виступатиме важливою передумою успішної гармонізації українського та європейського права.

Сучасним процесам правового розвитку в умовах глобалізації дедалі більше уваги приділяють політики, науковці, суспільство тощо [2]. Отже, вироблення стійкого консенсусу з принципових політико-правових питань є нагальною необхідністю, без реалізації якої навряд чи можна розраховувати на ефективність євроінтеграційних трансформацій вітчизняного правопорядку [3, 81].

Можна сказати, що вивчення та пізнання процесів узгодження норм внутрішньодержавного та міжнародного права, включаючи притаманні їм суперечливі тенденції — це глобальне завдання для всіх сучасних країн та всього світового співтовариства. Об'єктивний аналіз надає змогу правильно оцінити ступінь загального та специфічного у політичному, економічному, правовому, науково-технічному, соціально-культурному та іншому розвитку країн та адекватну міру правових розбіжностей і міру правової інтеграції.

У сучасному світі відбуваються масштабні процеси глобалізації в економічній, культурній, політичній, правовій та інших сферах життя. Усе це призводить до взаємодії та розвитку національних правових систем, а деякою мірою й до їх зближення.

Унікальність правових систем не означає їх замкнутості (зокрема, лише правових систем тоталітарних держав) і, відповідно, не може служити перешкодою для їх інтеграції, особливо інтеграції у межах регіонів світу. Відомо, що слово «інтеграція» означає об'єднання окремих частин в нову ще більшу систему. Роль правової інтеграції проявляється в прискоренні процесів поєднання, створення «єдиного правового порядку», а не у повній ідентифікації правопорядків. Це проявляється не у нівелюванні національних особливостей, а у пошуку критеріїв співвідношення із урахуванням національної ідентичності [4].

Глобалізація правового простору сприяє створенню єдиного правового поля. Слід зазначити, що ідея створення єдиного світового правопорядку не є новою. Ще у 1900 р. на Міжнародному конгресі порівняльного правознавства, що проходив у Парижі, було запропоновано розробити через порівняльний аналіз національних правових систем так зване «всесвітнє право», що було б єдиним для всього людства [5].

Наступні світові війни істотно підірвали віру у можливість його створення. Але в сучасних умовах глобалізаційних процесів одна пропозиція виглядає не такою вже нездійсненною. Інтеграція та об'єднання людства з метою економіч-

ного, політичного, правового та іншого розвитку, а також подолання існуючих глобальних проблем протистоять напрузі між окремими країнами, групами країн, регіонами тощо.

На сьогодні держава чи група держав можуть по-різному визначати свій курс у сфері права. Узгодження, гармонізація та зближення національних законодавств відображають інтегративний курс. Підтримка національних особливостей правової системи, запровадження жорстких та обмежувальних режимів для іноземних держав, їх громадян та організацій. У науці вирізняють п'ять тенденцій сучасного правового розвитку, які характеризують динаміку не тільки правових систем у сучасному світі, а й їх узгодження між собою та з міжнародним правом:

1. Група сучасних правових тенденцій охоплює стійкі закономірності у масштабі світового співтовариства, що пов'язані загальновизнаними правовими цінностями.

2. Однорідні процеси і тенденції у рамках великих правових сімей з їх загальними світоглядними та юридичними джерелами.

3. Тенденції погодженого правового розвитку у рамках міждержавних об'єднань.

4. Регіональні тенденції правового співробітництва держав та зближення їх національних законодавств. У майбутньому можливі нові регіональні правові утворення загального чи функціонального типу.

5. Локальні тенденції різноманітного правового розвитку пов'язані з диференціацією або утворенням нових держав. Правова відмінність розцінюється як стійкі та національно зумовлені, як тимчасові і підлягаючі стиранню або як посилюючі за політичними, економічними та екологічними причинами.

Усі вищезазначені тенденції проявляються з різним ступенем інтенсивності і в різних масштабах, до того ж очевидним є їх взаємний вплив. Наприклад, участь держави у Співдружності незалежних держав, ЄС і Раді Європи може впливати на її сприятливі правові відносини з прикордонними державами, і, навпаки, високий рівень розвитку у сфері торгівлі, інвестицій, шляхового обслуговування, культурних обмінів сприяє входженню держав до більш широкого «правового простору» [6].

Зближення правових систем, зокрема гармонізації законодавства та уніфікація правових норм, відбувається не тільки між правовими системами однієї сім'ї, а й між самими правовими сім'ями. На сьогодні шлях прецедентного права є характерним для єдиного («загального») європейського права у цілому, у формуванні якого значну роль відіграє Люксембурзький суд європейських співтовариств, що створює у контексті вирішуваних справ прецедентів єдині для співтовариства принципи [7].

Процес гармонізації нормативно-правової основи як у межах однієї держави, так і між самостійними державами, що діють в єдиному правовому просторі, торкається до того ж і проблеми духу законів та їх змісту. Це передбачає оцінку ступеня відповідності закону і його нормоустановлень стану реальних відносин, що підлягають регулюванню на підставі даного закону. На жаль,

доводиться констатувати, що інколи виникають спроби нераціональним вольовим порядком підправити закон, зблизити зі змістом з іншим аналогічним, що взятий з іншого соціального середовища. Саме тому гармонізація законодавства передбачає наявність об'єктивних умов щодо зближення відносин в тій чи іншій сфері — наявність підстав для гармонізації. Право лише створює або стимулює, або надає форму вже існуючим умовам, при відсутності цього ніяка юридична техніка не забезпечує гармонізації.

Так, розглядаючи питання гармонізації національного законодавства України з міжнародним правом, В. Ф. Опришко зазначає, що важливою умовою гармонізації є приведення конституцій держав та їх національних правових систем у відповідність до норм і принципів міжнародного права і виділяє гармонізацію законодавства України з правовими системами міжнародних організацій, зокрема ЄС, як один із найважливіших напрямів узгодження законодавства України з міжнародно-правовими актами [8].

У свою чергу, правова адаптація означає поступове включення у національну систему нових правових елементів, перенесених із іншої правової системи. Адаптація здійснює сприяння правової гармонізації та наближає потенційну уніфікацію у певних правових сферах. Так у Законі «О Концепції Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» (21.11.2002) встановлені наступні завдання для Національної Ради по питаннях адаптації законодавства України до законодавства ЄС: забезпечити входження України у європейський правовий простір, гармонізувати законодавство України із нормами і стандартами ЄС та інші [9].

На думку Отто Люхтерхандта, поняття «гармонізація» відображає «узгоджене співіснування і чинність таких норм, як юридичні принципи, комплексні правові інститути, а також окремі юридичні правила і приписи, що походять з різних джерел права», а один з вимірів, в якому постає завдання гармонізації, представлений відносинами «між різними системами правопорядку, що є принципово самостійними та існують незалежно одна від одної, наприклад, між правопорядком міжнародного права або європейського і національним правом України» [10].

Аналізуючи відповідність положень законодавства України нормам міжнародного права, П. М. Рабінович уточнює, що гармонізація (гармонізування) — це процес приведення законодавства України у відповідність до правових систем провідних міжнародних організацій Європи [11].

В свою чергу Н. Р. Малишева характеризує гармонізацію законодавства України з законодавством ЄС як таку, що обумовлена необхідністю адаптувати національну правову систему України до правового простору Європи [12].

Ю. М. Капіца зазначає, що для країн за межами ЄС термін «гармонізація» може включати наближення з первинним законодавством ЄС, зокрема, з установчими договорами [13].

Разом з цим В. І. Муравйов справедливо вказує на те, що, «здійснюючи гармонізацію, Україна повинна враховувати, що цей процес має односторонній характер, оскільки йдеться не про взаємні кроки з обох сторін щодо узгоджен-

ня своїх правових норм, а тільки про зміни в українському законодавстві з метою його гармонізації з нормами Євросоюзу» [14].

Як бачимо, українські науковці вживають термін «гармонізація» для позначення одностороннього процесу наближення з боку України внутрішнього законодавства до законодавства ЄС. Об'єктивна неможливість уніфікації законодавств держав-членів в усіх сферах інтеграції обумовила поширення гармонізації як способу зближення законодавств держав-членів. Так, В. І. Муравйов наголошує на тому, що «у Євросоюзі одним із найдієвіших засобів подолання перешкод на шляху до створення внутрішнього ринку вважається гармонізація, яка полягає у приведенні норм внутрішнього права країн-членів європейських інтеграційних організацій у відповідність до вимог права Євросоюзу».

Імплементация норм директив відбувається шляхом прийняття державами-членами національних актів, які змінюють внутрішнє законодавство в такий спосіб, щоб реалізувати положення директив. При цьому від держав-членів вимагається належне впровадження норм директив шляхом повного втілення їх змісту. На думку Ф. Манчіні, процедури, що застосовуються на практиці державами-членами при включенні директив до національного законодавства, не відрізняються від імплементации будь-якої міжнародної угоди, що укладається державами-членами ЄС [15].

Проте це не завжди так. Імплементация міжнародної угоди може відбуватися як шляхом інкорпорації, так і шляхом трансформації. А виконання директив, поряд з трансформацією їх положень до національного законодавства, завжди вимагає впровадження додаткових норм, спрямованих на конкретизацію та деталізацію відповідних положень директив. Тому цей спосіб імплементации норм директив до положень внутрішнього законодавства держав-членів отримав в праві ЄС назву «транспозиція».

Так, І. А. Грицяк зазначає, що «незважаючи на семантичну невизначеність терміна щодо процедури втілення директиви, що проявляється в альтернативному використанні таких слів, як введення, виконання, застосування, перетворення, впровадження тощо, процес транспозиції полягає у вжитті національними органами влади у певний час відповідних заходів, необхідних для застосування у внутрішньому законодавстві встановлених директивою правових норм» [16].

Як справедливо стверджує Г. Ісаак, реалізація директив полягає не тільки в утворенні національного права такого ж змісту; дуже часто вона вимагає прийняття додаткового національного права, встановлення умов та вибору компетентних національних органів для застосування директив [17].

Разом з тим Б. М. Топорнін вказує на те, що імплементация (включення) положень права Співтовариств до національного права окремих держав-членів, та й Договір про ЄС в цілому, його буква та дух означають, по суті, що держави-члени не можуть шляхом прийняття додаткових односторонніх заходів порушувати правопорядок, встановлений на основі домовленостей [18].

Іншим аспектом імплементации норм директив є їх «належне» впровадження (транспозиція) до національного законодавства. У рішенні Суду Європей-

ських Співтовариств (далі — Суд ЄС) по справі *Theresa Emmott v. Minister for Social Welfare and Attorney General* зазначається, що неналежне впровадження положень директиви до національного права унеможливорює визначення повною мірою юридичними та фізичними особами своїх прав. Тільки належне впровадження положень директиви може припинити цю невизначеність та встановити юридичну чіткість, яка необхідна юридичним та фізичним особам при обстоюванні ними своїх прав [19].

Конституційне законодавство України використовує імплементацію у формі інкорпорації. Питання співвідношення ВП і МП віднесено до національно-правової сфери. Субординація норм у ВП регулюється ст. 8: «Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй». Конституційні положення ст. ст. 9 та 18 гарантують виконання Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань і поваги до загальновизнаних принципів і норм МП як на міжнародному, так і національному рівнях, що цілком відповідає принципу сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, закріпленому в Статуті ООН, Віденських конвенціях про право міжнародних договорів 1969 і 1986 років, Декларації про принципи міжнародного права 1970 р. тощо.

Але при застосуванні норм права, їх тлумаченні компетентні особи не можуть обмежуватися виключно юридичними нормами, які містяться у офіційних актах, виданих владними органами, тобто позитивним правом. Вони мають враховувати «надпозитивні» правові фактори — природні, невід'ємні та невідчужувані права і свободи людини [20].

Розвиваючи це твердження, Ю. М. Оборотов, вказує: «В одній і тій же правовій системі, є різні типи розуміння права — юснатуралістичний (природний), позитивістський, соціологічний та інші, тобто існує так званий правовий плюралізм, який, як уявляється, об'єктивно неможливо подолати, оскільки призначення і реалізація принципу верховенства права відкриває йому шлях [21].

Збереження позитивних тенденцій та усунення деформацій в правовій системі України на сучасному етапі вбачається необхідним шляхом розвитку, який визначає мету та основні напрямки узгодження та гармонізації національного законодавства із міжнародними та регіональними нормами. Цей шлях повинен ґрунтуватися як на вихідних положеннях щодо юридично-технічного арсеналу засобів та механізмів втілення міжнародних норм у національну систему, так і на формуванні правового механізму взаємодії правових систем Ради Європи, Євросоюзу та України.

Для підвищення ефективності правового механізму взаємодії Ради Європи, Євросоюзу та України важливим є формування системи правових засобів та заходів, які б забезпечували інтеграційні процеси на кожній із стадій відповідними способами. Так, на думку Л. А. Лупь, поняття конституційно-правового механізму взаємодії норм міжнародного та національного права визначено як систему конституційно-правових норм та інших правових засобів, що забезпечують узгодження норм міжнародного та національного права [22].

Реалізація цих заходів сприятиме забезпеченню інтеграції правової системи України з європейськими міждержавними правовими системами та встановленню узгодженості внутрішньодержавного та міжнародного права, в аспекті юридично-технічних засобів втілення міжнародних норм у національну правову систему.

### Література

1. Руденко В. В. Категорія «правова система» у вітчизняній юридичній науці // Держава і право : зб. наук. пр. Юрид. і політ. науки. — К., 2003. — Вип. 23. — С. 62.
2. Оніщенко Н. М. Загальна характеристика правової системи як інтегруюча категорія юридичної науки // Правова держава : щоріч. наук. пр. Ін-ту держави права ім. В.М. Корецького НАП України. — 2000. — Вип. 11. — С. 71.
3. Порівняльне правознавство: сучасний етап і перспективи розвитку : зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна. — К., 2006. — С. 233–240.
4. Скакун О. Ф. Верховенство права как принцип интеграции правовых систем в современном мире // Наукові праці ОНЮА. О. : Юрид. л-ра, 2009. Т. VIII. С. 36.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. — М., 1999. — С. 61, 73.
6. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. — М., 1996. — С. 13.
7. Алексеев С. С. Право на пороге третьего тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития: надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. М., 2000. С. 69.
8. Опришко В. Питання гармонізації законодавства України з міжнародним правом і національними правовими системами // Право України. — К., 1999. — № 8. — С. 12.
9. Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 3. — Ст. 12.
10. Отто Люхтерхандт. До проблеми гармонізації законодавства України з Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом : матеріали наук.-практ. конф. / Ін-т законодавства Верховної Ради України. — К., 1998. — С. 57.
11. Рабінович П. М. Законодавство України та норми міжнародного права: критерії відповідності // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом : матеріали наук.-практ. конф. / Ін-т законодавства Верховної Ради України. К., 1998. С. 255.
12. Малишева Н. Р. Теоретичні аспекти гармонізації національного законодавства з міжнародним правом // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом : матеріали наук.-практ. конф. / Ін-т законодавства Верховної Ради України. — К., 1998. — С. 89.
13. Каліца Ю. Проблемні питання гармонізації законодавства України з міжнародно-правовими нормами // Український правовий часопис. 1999. № 5. С. 52.
14. Муравйов В. І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика) / В. І. Муравйов. — К. : Академ-Прес, 2002. — С. 266.
15. Mancini F. The incorporation of Community law into the domestic laws of the Member States of the European Communities // International uniform law in practice: Pap. Presented at the 3rd UNIDROIT Intern. Congr., Rome, 7–10 Sept., 1987. Rome, 1988. P. 17.
16. Грицяк І. А. Право та інституції Європейського Союзу : навч. посіб. / І. А. Грицяк. — К. : К.І.С., 2004. — С. 60.
17. Isaac G. Droit Communautaire general / G. Isaac. — 1983. — P. 184.
18. Топорнин Б. В. Европейское право : учебник / Б. В. Топорнин. — М. : Юрист, 1998. — С. 268.
19. Case No C-208/90, Judgment of the Court of 25 July 1991, Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General, [1991], European Court Reports. P. 1 4269.
20. Козюбра М. І. Верховенство права — основоположний принцип правової і політичної систем України // Правова система України: історія, етап та перспективи: у 5 т. — Х. : Право, 2008. Т. 1. — С. 15.
21. Оборотов Ю. Н. Верховенство права и продвижение к правовой гармонии // Введение в украинское право / под общ. ред. С. В. Кивалова и Ю. Н. Оборотова. 2-е изд., перераб. и доп. О. : Юрид. л-ра, 2009. — С. 146.
22. Луць Л. А. Спрощені міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти) : монографія / Л. А. Луць. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. — С. 73.

### Анотація

*Іванченко О. М.* Узгодження норм національного та міжнародного права: юридико-технічний аспект. — Стаття.

У статті розглянуто узгодження норм національного та міжнародного права, юридико-технічний аспект. Проаналізовано взаємовплив норм національного і міжнародного права, а також виявлені юридико-технічні засоби втілення міжнародних норм у національну правову систему.

*Ключові слова:* співвідношення норм національного і міжнародного права, імплементація, адаптація, гармонізація, юридико-технічні засоби, взаємодія.

### Аннотация

*Иванченко О. Н.* Согласование норм национального и международного права, юридико-технический аспект. — Статья.

В статье рассмотрены согласования норм национального и международного права, юридико-технический аспект. Проанализированы взаимовлияние норм национального и международного права, а также выявлены юридико-технические средства воплощения международных норм в национальную правовую систему.

*Ключевые слова:* соотношение норм национального и международного права, имплементация, адаптация, гармонизация, юридико-технические средства, взаимодействие.

### Summary

*Ivanchenko O. M.* Coordination of national norms and international law, juridical and technical aspects. — Article.

The article deals with the coordination of national norms and international law, juridical and technical aspects. Analyzed the interaction rules of national and international law, and also found juridical-technical means of implementing international standards into national legal system.

*Keywords:* correlation of national and international law, implementation, adaptation, harmonization, juridical-technical means of the interaction.

УДК 342.726-053.2

*О. В. Повар*

### ФОРМУВАННЯ ДОКТРИНИ ПРАВ ДИТИНИ В КОНТЕКСТІ «ДИТИНОЦЕНТРИЧНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ» ПОЧАТКУ ХХ СТОЛІТТЯ

Сучасний універсалізм поняття «права людини» діалектично поєднується з фрагментацією цього всеосяжного поняття у прикладенні до різних соціальних та етнічних груп. Сьогодні нікого не дивує розгалуженість системи прав людини, до якої включаються права жінок та права дітей, права трудових мігрантів та права біженців, права осіб з особливими потребами та права людей, які живуть з ВІЛ/СНІД. Як належне сприймається теза, що дитині, на відміну від дорослого, потрібен особливий захист в силу її фізичної та інтелектуальної незрілості та викликаного нею залежного становища: вона залежить від батьків, від педагогів, від інших дорослих. Але таке «різнокольорове» бачення прав людини сформувалось тільки внаслідок імплементації національними системами права гуманітарних міжнародних стандартів, філософсько-правовими засадами яких стала концепція трьох поколінь прав людини. Ще

© О. В. Повар, 2012

століття тому права людини повною мірою «прикладались» тільки до дорослих чоловіків, два століття тому І. Кант вважав виправданим вбивство позашлюбної дитини, яка «потай прокралась до суспільства», а його учень І. Фіхте серйозно доводив, що жодна, навіть народжена законним чином дитина не має прав, тому що не має обов'язків.

Дитина та дитинство у сучасному світі утверджуються як правові цінності, що зумовлює актуальність та необхідність філософсько-правового осмислення цих феноменів. До того ж філософські основи прав дитини практично не ставали предметом наукового дискурсу. Серед поодиноких праць відмітимо дослідження педагогічної та, у небагатьох випадках, філософської спадщини ідеологів вільного виховання, виконані російськими ученими (І. Н. Гелашвілі, Ю. І. Дружніков, В. Т. Кудрявцев, Г. А. Репіна, А. М. Растрігіна, М. В. Михайлова та ін.), недавні статті Н. М. Крестовської про доктрини ювенального права та О. М. Максименко про філософсько-правові ідеї інституту прав дитини. Але за межами цих досліджень залишилось питання про зв'язок формування юридичної доктрини прав дитини з поворотом у гуманітарному знанні, який називають «дитиноцентричною» революцією.

Провозвісником цієї «революції», що мала місце на початку ХХ століття, називають шведську письменницю та психолога Еллен Кей. В її книжці «Століття дитини» вперше виразно був сформульований принцип свободи дитини, у тому числі право на своє особисте дитяче життя та недоторканисть внутрішнього світу, право на збереження своєї неповторної особистості (яке вона формує як право дитини залишатись самим собою, навіть за наявності якихось недоліків). Шокуючим для європейського суспільства початку ХХ ст. був евгенічний за походженням висновок Е. Кей, що у дитини є право обирати батьків. Вона мала на увазі, що навіть ще не народжена дитина має право народитися від здорових батьків і бути у них бажаною дитиною [5, 131].

Праці Еллен Кей були дуже популярними в Росії і не випадково розлогу передмову до її «Століття дитини» написав видатний літературознавець (дореци — випускник Новоросійського університету) Ю. І. Айхенвальд. Ідеї письменниці були співзвучні ідеям Л. М. Толстого про природовідповідне виховання.

Видатний американський соціальний філософ та педагог Джон Дьюї, критикуючи становище дітей в суспільстві і особливо у сфері шкільної освіти, пропонував організувати школу як модель демократичного суспільства, в якій діти повинні не вчитися досвіду попередніх поколінь, а жити, опановуючи і обмінюючись при цьому досвідом вирішення різних пізнавальних, практичних, соціальних, творчих проблем та беручи участь в демократичних формах організації [3]. По суті, ця ідея була філософсько-педагогічним виміром юридичної доктрини гарантування участі дітей у правовому житті суспільства, формально закріпленої майже століття по тому у Конвенції про права дитини.

Видатний польський педагог Януш Корчак у своїй роботі «Як любити дитину» (була написана у Києві під час Першої світової війни) закликав до створення Великої Хартії вільностей дитини [8, 39], наголошуючи, перш за все, на праві дітей на свою особистість та право жити повним життям (навіть якщо це

небезпечно для їхнього життя). Не опікати дитину у всьому, не оберігати дитину від проблем та небезпек, не вважати життя дитини чернеткою, а дозволити — жити і, як це не парадоксально звучало, померти, бо життя та смерть є двома сторонами однієї медалі. Такі парадокси загострювали увагу читаючої публіки на філософських проблемах буття дитини та їхньому юридичному вимірі.

У своїй подальшій праці «Право дитини на повагу» [7] Корчак розмірковував таким чином. Є нібито два життя: одне (доросле) — важливе і поважне, а інше (дитяче) — менш цінне. Ми говоримо: майбутній чоловік, майбутній працівник, майбутній громадянин. Що діти ще тільки будуть, що потім почнуть жити по-справжньому, що всерйоз це лише в майбутньому. А поки милостиво дозволяємо їм плутатися під ногами, але без них нам зручніше. Але й діти мають право на повагу з боку дорослих. Корчак закликав:

Поважайте незнання дитини — вона лише ставить дорослим питання!

Поважайте працю пізнання — дитина постійно вчиться!

Поважайте невдачі та сльози — дитині може бути боляче!

Поважайте власність дитини та її бюджет! Корчак звертає увагу на те, що більшість неповнолітніх на лаві підсудних — це крадії, бо дітям потрібні кошти на вирішення їхніх проблем (зошити, книжки, солодощі), що не завжди розуміють дорослі.

Саме Корчак уперше наголосив на рівнозначності дитини та дорослого, на самоцінності дитини, визнанні її людської гідності.

Януш Корчак був не тільки великим соціальним філософом, але й не менш великим практиком. Він уперше застосував сформульований Дж. Дьюї одночасно з ним принцип участі дитини у вирішенні справ, які дитини стосуються. У Будинку сиріт на Крохмальній вулиці у Варшаві він заснував дитячий парламент, дитячий суд, дитячу газету, кодекс честі та звід законів [8, 243–252]. Тим самим він впровадив у життя ідею рівнозначності дитини та дорослого, повноцінності дитячого життя.

Януш Корчак різко критикував ухвалену Лігою Націй Декларацію прав дитини за її рекомендаційний характер [7]. На його думку, це орган міг би бути більш імперативним у створенні юридичних норм, що регулюють буття дитини та відносини дітей та дорослих.

В цілому, як указує Н. М. Крестовська [9, арк. 223–224], у зарубіжній педагогіці початку ХХ ст. були вироблені такі принципи вільного виховання, що у подальшому стали ідеальним джерелом для вироблення принципів ювенального права, як принцип свободи дитини; принцип діалогу учасників процесу виховання; принцип гармонізації відносин дитини і дитячого співтовариства тощо.

Слід відзначити, що дитиноцентричний поворот у гуманітарній сфері був властивий не тільки зарубіжним країнам. Та й становлення і довоєнна діяльність Януша Корчака проходили у межах єдиного російського інформаційного та правового простору (Корчак закінчив російську гімназію і, як указувалося вище, під час Першої світової війни проживав у Києві). Джон Дьюї у пореволюційний час відвідував СРСР та серед іншого — Дитяче містечко в Одесі.

Паралельно з Корчаком та Кей до рядів захисників прав дитини став російський педагог та соціальний філософ Костянтин Миколайович Вентцель (1857–1947).

Розуміння прав дитини у К. М. Вентцеля впливало з його космічного антропоцентризму. Як слушно зауважує Г. А. Репіна, його приваблювали ідеї про зумовленість свідомої діяльності людей законами природи, про внутрішню перетворюючу місії людини як мислячої істоти, що є органічною складовою частиною Всесвіту. Протягом усього свого зрілого творчого життя К. М. Вентцель шукав шляхи цілісного єднання людини з навколишнім світом на інтер-релігійній основі [12, 51]. Людина з позицій філософії К. М. Вентцеля — не тільки частина, але й центр буття, а її головна властивість — свобода. Свобода, на його думку, є головною ідеєю виховання дитини, а вільна дитина — це, у свою чергу, ключ до вирішення соціального питання, до реорганізації суспільства на нових, справедливих засадах [1, 1]. Такою, майже езоповою, мовою користувався К. М. Вентцель в дореволюційні часи.

Вітаючи демократичну Лютневу революцію та майбутній демократичний устрій Російської республіки, К. М. Вентцель запропонував Установчим зборам, скликання яких очікувалось усіма прогресивними верствами суспільства, поряд з декларацією прав людини і громадянина, розрахованою на дорослих, ухвалити декларацію прав дитини, проект якої він сам написав [2, 12–14]. Він над усе прагнув, аби першою державою, яка визнала права дитини, була саме Росія. При цьому у повній гармонії зі своєю ідеєю космізму він наполягав, що у визнанні прав дитини об'єктивно зацікавлені усі народи, усі держави і, нарешті, усе людство, тому що тільки універсальне, найповніше та широке проведення у життя декларації прав дитини надасть людству можливість досягти відродження та повного оновлення усіх сторін і особистого, і суспільного життя [2, 14].

Проект Декларації прав дитини К. М. Вентцеля складався з 18 параграфів, в яких були зафіксовані положення, що, по суті, вийшли за межі переліку суб'єктивних прав дитини. У ній знайшли своє місце і принципи інституту прав дитини, і обов'язки дитини, і гарантії реалізації прав та обов'язків дитини. Своєю формою та чіткими, майже бездоганно техніко-юридичними формулюваннями проект К. М. Вентцеля суттєво відрізняється від, наприклад, прийнятого Лігою Націй у 1924 р. проекту Декларації прав дитини, написаного Еглантайн Джебб, в якому зафіксовані не права дитини самі по собі, а тільки обов'язки суспільства та держави щодо дітей.

Керівними засадами-принципами інституту прав дитини мислитель висуває такі положення. По-перше, визнання дитини безвідносно її віку особистістю, яка в жодному випадку не може вважатися ні власністю своїх батьків, ні власністю суспільства, ні власністю держави (§ 4). По-друге, рівність у правах з дорослою людиною (§ 6). По-третє, обмеження свободи дитини допускається лише за законами нормального фізичного та духовного розвитку самої дитини та гарантування іншим членам суспільства користування тими ж правами. По-четверте, це недопущення ув'язнення дитини за винятком тих випадків, коли цього вимагає благо дитини та суспільства, яке його оточує (§ 15).

На основі таких принципів К. М. Вентцелем сформульовано такі права дитини як:

- 1) право дитини на життєві умови, необхідні для її виживання та розвитку (§ 1);
- 2) право дитини на вільний розвиток своїх сил, здібностей та обдарувань (§ 3);
- 3) право на вибір вихователя аж до відмови та залишення батьків у випадку їхньої нездатності бути добрими вихователями (§ 5);
- 4) право на свободу, яка полягає у дозволі робити усе, що не наносить шкоди фізичному та духовному розвитку дитини і не шкодить іншим людям (§ 7);
- 5) право на участь у виробленні правил, якими регулюється життя та діяльність дитини (§ 9);
- 6) право на вільне виховання та вільну освіту, відповідну її індивідуальності (§ 10);
- 7) право на власні переконання, у тому числі релігійні (§ 11);
- 8) право на вільне вираження своїх думок у письмовій або усній формі (§ 13);
- 9) право на об'єднання (у спілки, гуртки) (§ 14).

Зазначимо, що таке бачення прав дитини майже на століття випередило час. Зокрема, право на участь дитини у вирішенні справ, які її безпосередньо стосуються (§ 9), що зафіксовано у Конвенції ООН про права дитини [6, ст. 12] і сьогодні є одним з контроверсійних і найбільш складно виконуваних положень. Невипадково саме це положення потребувало конкретизації на регіональному рівні — в Європейській Конвенції про здійснення прав дітей (ратифікована Україною з застереженнями 03.08.2006) [4]. Конвенція про здійснення прав дітей наділяє дитини процесуальними правами у судовому розгляді. Застереження Української держави поширюють процесуальні права дитини лише на справи щодо: усиновлення дитини; встановлення опіки, піклування над дитиною; визначення місця проживання дитини; позбавлення або оспорування батьківських прав; інших питань про відносини між батьками та дитиною; будь-яких інших питань, що стосуються дитини особисто, а також питань її сім'ї (у тому числі її виховання, поновлення батьківських прав, управління її майном) [11, ст. ст. 3–5].

Серед обов'язків дитини мислитель формулює обов'язок з досягненням певного віку брати участь у суспільно необхідній промисловій, землеробській або іншій виробничій праці залежно від своїх сил та здібностей (§ 18).

До суспільних та державних гарантій реалізації прав та обов'язків дитини К. М. Вентцель відносив:

- 1) життєві умови, відповідні гігієні дитячого віку і необхідні для розвитку організму дитини та боротьби з ворожими для життя впливами, мають бути забезпечені дитині батьками, суспільством в цілому, державою (§ 1–2);
- 2) надання кожній дитині доступу до безкоштовного виховання та освіти, в межах яких є мають бути створені найбільш сприятливі умови для гармонійного розвитку дитини (§ 3);
- 3) державний контроль за дотриманням прав дитини (§ 16);

4) створення фонду коштів для молодого покоління, витрати з якого мають носити суворо цільовий характер і перебувати під жорстким громадським контролем (§ 17).

Отже, К. М. Вентцель визнавав дитину суб'єктом, а не об'єктом права або пасивним об'єктом правового захисту, як це властиво було тодішньому і тим більше досучасному праву. Ґрунтуючись на органічній єдності людини, людства та космосу, К. М. Вентцель висунув ідею «космічного виховання» для утвердження гідності дитини, можливості дитини як творця та учасника нових форм культури, здатного перетворювати світову реальність шляхом самопізнання та самоудосконалення.

Якщо для більшості філософів та теоретиків права дитини є похідними від прав людини (звідси, наприклад, термін «загальнолюдські права дитини»), то для К. М. Вентцеля права дитини є первинними щодо прав людини. Вільно вихована дитина — це й є вільна особистість — громадянин Космосу, що володіє людською гідністю та свободою. Права дитини в інтерпретації К. М. Вентцеля — це осердя його дитиноцентричної філософії, навколо якого формується його соціальна філософія у цілому.

Дитиноцентризм та розуміння прав дитини були властивими, як переконливо доводить О. М. Максименко, українським вченим початку ХХ століття. Так, наприклад, Т. Г. Лубенець виступив з різкою критикою системи тілесних покарань, на якій трималася тоді офіційна школа. Вважав, що правила примусового впливу на дитину не виховують, а озлоблюють, калічать дитячу натуру, порушують її основні права. Прихильником такої освіти й виховання, що ґрунтувалася б на врахуванні прав дитини, глибокому вивченні її природи був Я. Ф. Чепіга [10].

Отже, у підсумку зазначимо, що філософсько-правові основи системи прав дитини, яка створюється нині у світі та у нашій державі започатковані ще на початку ХХ століття і не тільки у зарубіжній філософії права, але й на національному ґрунті. Тогочасні мислителі задовго до прийняття Конвенції про права дитини виробили розуміння дитини як правової істоти. На їх переконання дитина нарівні з дорослими володіє комплексом прав, а сім'я, держава та суспільство щодо неї мають нести тягар юридичних та соціальних обов'язків. У подальших дослідженнях вітчизняні здобутки у цій царині знайдуть подальший розвиток.

### Література

1. Вентцель К. Н. Борьба за свободную школу / К. Н. Вентцель. — СПб., 1906. — 291 с.
2. Вентцель К. П. Отделение школы от государства и декларация прав ребенка / К. П. Вентцель. — М.: [б. и.], 1918. — 16 с. — (Библиотека свободного воспитания и образования и защиты детей; вып. 114).
3. Дьюи Д. Мое педагогическое кредо: пер. с англ. / Джон Дьюи // Свободное воспитание. 1913–1914. — № 1. — С. 15–17.
4. Європейська конвенція про здійснення прав дітей: Конвенцію ратифіковано із заявою Законом № 69-V від 3 серп. 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 41. — Ст. 354.
5. Кей Э. Век ребенка / Элен Кей; пер. с нем. Е. Залого и В. Шахно; под ред. и с предисл. Ю. И. Айхенвальда. — М.: Изд. Д. П. Ефимова, 1905. — XXX, 293 с.

6. Конвенція про права дитини : Конвенцію ратифіковано Постановою Верховної Ради України № 789-ХІІ від 27 лют. 1991 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_021](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_021).
7. Корчак Я. Право ребенка на уважение / Я. Корчак. — М. : Изд. Дом Шалвы Амонашвили, 1999. — С. 15–39. — (Антология гуманной педагогики).
8. Корчак Я. Як любити дитину // Дитя людське: вибрані твори : пер. з пол. / Я. Корчак. — К. : Дух і літера, 2007. — С. 7–260.
9. Крестовська П. М. Ювенальне право України: генезис та сучасний етап : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Крестовська Наталя Миколаївна. — О., 2008. — 468 арк.
10. Максименко О. В. Генеза філософсько-правових ідей інституту прав дитини // Філософські та методологічні проблеми права. — 2011. — № 2. — С. 102–109.
11. Про ратифікацію Європейської конвенції про здійснення прав дітей : Закон України від 3 черв. 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 41. — Ст. 354.
12. Решина Г. А. Теория воспитания и «Дом Свободного Ребенка» К. П. Вентцеля // Донісільна освіта. — 2008. — № 2. — С. 51–61.

### Анотація

**Повар О. В.** Формування доктрини прав дитини в контексті «дитиноцентричної революції» початку ХХ століття. Стаття.

У статті проведений аналіз філософсько-правових ідей зарубіжних та вітчизняних теоретиків вільного виховання (Е. Кей, Я. Корчак, К. М. Вентцель). Зроблений висновок про те, що на початку ХХ ст. вони виробили струнку доктрину прав дитини, згідно з якою дитина парівні з дорослими володіє комплексом прав, а сім'я, держава та суспільство щодо неї мають нести тягар юридичних та соціальних обов'язків.

**Ключові слова:** «дитиноцентрична» революція, вільне виховання, права дитини, Януш Корчак, Костянтин Вентцель, Еллен Кей, Декларація прав дитини.

### Аннотация

**Повар А. В.** Формирование доктрины прав ребенка в контексте «детоцентрической революции» начала ХХ века. — Статья.

В статье проведен анализ философско-правовых идей зарубежных и отечественных теоретиков свободного воспитания (Э. Кей, Я. Корчак, К. Н. Вентцель). Сделан вывод о том, что в начале ХХ ст. они выработали стройную доктрину прав ребенка, согласно которой ребенок наравне со взрослыми обладает комплексом прав, а семья, государство и общество относительно него должны нести бремя юридических и социальных обязанностей.

**Ключевые слова:** «детоцентрическая революция», свободное воспитание, права ребенка, Януш Корчак, Константин Вентцель, Эллен Кей, Декларация прав ребенка.

### Summary

**Povar O. V.** Formation of Child Rights Doctrine in the Context of «child-centric revolution» at the beginning of the XX century. — Article.

The article analyzed the philosophical and legal ideas of foreign and domestic theorists of free education (E. Kay, J. Korczak, K. M. Ventusel). It is concluded that in the early twentieth century they developed a coherent doctrine of child rights, according to which the child as adult has a set of rights, at the same time a family, state and society have to bear the burden of legal and social responsibilities in relation of a child.

**Keywords:** «child-centric revolution», free education, children's rights, Janusz Korczak, Konstantin Ventusel, Ellen Kay, Declaration of the Rights of the Child.

**КОРУПЦІЯ ЯК СОЦІАЛЬНЕ, ПСИХОЛОГІЧНЕ І МОРАЛЬНЕ ЯВИЩЕ**

Корупція — це складне і багато аспектне (правове, економічне, політичне, морально-психологічне) соціальне явище. Соціальна сутність корупції проявляється в тому, що вона: має соціальну обумовленість (є продуктом соціального життя); має свою соціальну ціну, яку платить суспільство за існування корупції, істотно впливає на найважливіші соціальні процеси; має історичні витоки і глобальний характер, є правовим, економічним, політичним, психологічним і моральним явищем; має властивість пристосовуватись до соціальних реалій, постійно мімікрувати та видозмінюватися. Конкретні прояви цього соціального явища отримують правову та моральну оцінку з боку держави і суспільства, що теж свідчить про соціальну сутність корупції. Корупція характеризує основні соціальні процеси, які відбуваються у державі та суспільстві, у ній знаходять своє відображення найбільш значущі для держави та суспільства проблеми. У країнах, де корупція набуває значного поширення і суттєвого впливу на соціально-економічні процеси, є структурованою і здійснює системний вплив на посадових осіб (державних службовців), вона із соціальної аномалії поступово перетворюється на правило і виступає звичним способом вирішення життєвих проблем, стає нормою функціонування влади і образом життя значної частини суспільства.

Як соціальне явище, корупція існує в певних інституційних рамках, в яких правові, економічні, політичні, соціальні процеси впливають на неї, а корупція, у свою чергу, здійснює вплив на право, економіку, політику, ідеологію, суспільну психологію тощо.

Корупція — це не лише певні діяння, а й система негативних поглядів, переконань, настанов, спосіб мислення [1], тобто корупція є також психологічним і моральним явищем. Вона не існує поза людей — їх поведінки, діяльності.

З огляду на пануючу у нас довгий час марксистську теорію злочинності (прибічників її багато і сьогодні), що апелює до бідності як джерела правопорушень, в тому числі корупційних, все нібито достатньо зрозуміле: мала заробітна плата у посадових і службових осіб, криза економіки породжує бідність, а остання і є джерелом правопорушень. Як зазначав Ф. Енгельс у своєму монографічному дослідженні стану робітничого класу в Англії, робітник втрачає повагу до власності і здійснює крадіжку через злидні й бідність. Хоча Ф. Енгельс при цьому і засуджує будь-яке правопорушення (злочин) як засіб класової боротьби [2]. Звичайно, тут доречно було б зауважити, що за життя Ф. Енгельса капіталізм, не маючи системи соціального захисту і справедливості, логічно викликав багато різноманітних суспільних негараздів, конфліктів і глибоких криз, що так чи інакше впливали на стан правопорушень у суспільстві, але понад 100 років, що минули відтоді, відчутно змінили уявлення про капі-

талізм. Уже виросло сучасне індустріальне суспільство (наприклад, Швеція, Японія, Німеччина, США та інші держави), що має міцну і розгалужену систему соціального захисту. Та справа значно складніша. Переконавання, що нібито правопорушення породжуються тільки бідністю, є грубим і невідповідаючим істині спрощенням. По-перше, бідність — це відносне, значною мірою суб'єктивне, поняття, бо воно визначається не стільки рівнем добробуту у даному суспільстві, як його оцінкою окремими людьми. Те, що один розглядає як бідність, інший вважає достатком чи, пак, розкішним буттям. Тому сутність поняття «бідність» не просто визначити. Окрім того, треба мати на увазі, що та чи інша економічна ситуація позначається на рівні правопорушень не відразу, не формально, а з запізненням на декілька років. У нашій державі високий рівень корупції простежувався уже з перших місяців її існування. Тобто причини цього соціального явища значно складніші.

До того ж не слід лишати поза увагою і теоретичних здобутків з даної проблеми західних кримінологів. Так, відомий німецький дослідник Георг фон Майр (1841–1925) довів, що злидні майже не сприяють зростанню крадіжок [3]. Англійський вчений Уільям Дуглас Моррісон встановив, що Англія в кінці XIX століття була у шість разів багатшою за Італію, та, незважаючи на це, в період з 1880 по 1884 р. крадіжки в ній були більш поширеними [3]. Аналогічне співвідношення було, за Моррісоном, між Францією та Ірландією. Американські кримінологи Кліффорд Шоу і Генрі Маккей висловили припущення, що важкі економічні умови самі по собі автоматично не породжують жодних соціальних проблем [3, 253]. Аргументами для такого висновку послужили факти, згідно з якими рівень правопорушень за період великої депресії (1929–1934) був відносно стабільним: і це тоді, як кількість сімей, що жили на дотації за програмою соціальної допомоги, наприклад у Чикаго, зростає у 10 разів [3, 73]. Та й автор першого у світі кримінального статистичного щорічника (з 1825 р.) француз Андре-Мішель Геррі (1802–1866) підкреслював на основі проведеного аналізу, що не бідність є причиною правопорушень, а, передусім, послаблення вимог моралі у суспільстві [4].

У конкретних корупційних правопорушеннях як у дзеркалі знаходить відображення психологія конкретних людей, у корупції, як соціально-політичному явищі, відображається психологія соціальних груп і всього суспільства.

С. В. Степашин відзначає, «...корупція — не просто хабарі, не просто зловживання службовим становищем, не просто завуальовані види підкупу чиновників. Це хвороба більш глибока, яка має у своїй основі психологічну установку використовувати державну службу як невичерпне джерело для досягнення корисливої мети» [5, 2].

Залежить від конкретної особистості буде чи не буде вчинено корупційне правопорушення. Як підкреслив А. Ф. Зелінський, «...ніхто, мабуть не сумнівається в тому, що будь-яка особа, у тому числі особа злочинця, являє собою самокеровану біосоціальну систему надзвичайно високої складності і що елементи (підструктури) особистості взаємодіють між собою на психологічному рівні». Саме така взаємодія народжує відповідну психологічну настанову осо-

бистості, яка формує ту чи іншу модель поведінки, у то му числі корупційну. Окремі дослідники вважають, що корупційна модель поведінки має, певним чином, психологічне коріння, а корупція взагалі — психологічне походження. Вони пояснюють психологічний характер походження корупції, зокрема, збереженням у традиціях різних країн звичаїв, які подібні до проявів корупції, але здебільшого використовуються в побуті і схвально сприймаються суспільством [6, 1–2].

Є й інша морально-психологічна сторона корупції. Ми погоджуємося з твердженнями автора публікації «Етапи розвитку корупції як негативного суспільного явища» у виданні «Предпринимательство, хозяйство и право» № 7 за 2000 рік, про те, що коли держава примушує своїх громадян поводитися нечесно, то це породжує нездорову систему і має негативний вплив на суспільство [7, 72–73]. Посадовій особі, яка, умовно кажучи, стоїть перед вибором: чесно виконати свій обов'язок чи зловживати службовим становищем — за умов панування правового нігілізму, соціальної нестабільності і невпевненості у своєму майбутньому, культивуванні психології користолюбства, падіння моральності, відсутності чіткої ідеології державної служби легше схилитися до корупційної форми поведінки. Суть запобігання корупційним правопорушенням має зводитися до того, що проблема такого вибору перед особою, уповноваженою на публічну службу, поставала якомога менше, а при її виникненні — така особа мала всі підстави розв'язати її на користь правомірної поведінки.

Погоджуючись з психологічним корінням корупційної поведінки, ми все ж таки вважаємо, що слід виходити з того, що особа, яка стає на шлях вчинення корупційних правопорушень, не є, так би мовити, скорумпованою від природи. Корумпованих рис поведінка особи набуває в процесі її власної соціалізації. Стане чи не стане особа на шлях вчинення корупційних правопорушень залежить не стільки від того, які традиції чи психологічні настанови увібрала від народження, а від того, в якій суспільній атмосфері вона виросла, який психологічний клімат панував навколо неї, в якій суспільній атмосфері вона росла, які поступки визнавались аморальними, а які з боку моралі заохочувались. Мова йде про суспільну свідомість, в якій фокусується надзвичайно багато аспектів суспільного життя, у тому числі відношення громадян до закону і їх реакція на корупційні правопорушення.

Ми вважаємо, що одним із стратегічних напрямів запобігання корупції є захист громадської свідомості від корупційного впливу, який, зокрема, включає збереження моральних цінностей та зростання суспільної свідомості. Як для масштабного поширення корупції, так і для ефективної протидії корупційним правопорушенням має існувати відповідний психологічний настрій суспільства.

Правильне розуміння корупції як соціального явища є не лише суто теоретичною проблемою. Воно має надзвичайно важливе і практичне значення. Про це свідчать ті факти, коли на політичному і нормативно-правовому рівнях перед правоохоронними та іншими державними органами ставляться завдання, які, виходячи із соціальної сутності корупції, об'єктивно не можуть бути

виконані, — «подолати корупцію», «викоренити корупцію». Так, «підірвати ґрунт для існування корупції в Україні» йдеться у постанові Верховної Ради України від липня 2001 року № 2612- ІІІ «Про підсумки парламентських слухань щодо стану боротьби з корупцією». Указом Президента України від 23 лютого 2000 року № 276 визначено «створення конкурентного середовища, регулювання природних монополій, усунення умов для можливих зловживань, подолання корупції та тіньової економіки». Комплексною програмою профілактики злочинності, затвердженою Указом Президента України від 25 грудня 2000 року № 1376, передбачались відповідні заходи, спрямовані на «викорінення корупції». Указом Президента України від 11 вересня 2006 року № 742 затверджена Концепція подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності». Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2009 року № 535-р «Про затвердження комплексного плану заходів щодо реформування земельних відносин, дерегуляції та подолання корупції у цій сфері на 2009 рік» затверджений комплексний план подолання корупції у сфері земельних відносин на 2009 рік. Термін виконання прийнятих програм, планів завершено, а поставленого завдання «подолати корупцію», як слід було очікувати, виконати не вдалося [8].

Українське антикорупційне законодавство, зокрема, ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 року № 3206-VI дає визначення корупції: «корупція — використання особою, зазначеною в частині першій статті 4 цього Закону, наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки (пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка) пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній в частині першій статті 4 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей» [9].

Зазначеним Законом України передбачено:

- визначення основних принципів щодо запобігання і протидії корупції;
- розширення кола суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення;
- упровадження механізмів, норм і правил, які спрямовані на запобігання корупційним правопорушенням;
- визначення кола суб'єктів, які здійснюють заходи щодо запобігання і протидії корупції;
- конкретизацію видів обмежень суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення;
- обмеження щодо осіб, які звільнені з посад або припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави;
- порядок здійснення фінансового контролю, декларування як доходів, так і витрат посадовців;
- недопущення виникнення конфлікту інтересів у осіб, які уповноважені на виконання функцій держави;

- антикорупційна експертиза проєктів нормативно-правових актів;
- заборона одержання органами державної влади та органами місцевого самоврядування від фізичних, юридичних осіб безоплатно послуг та майна;
- надання права об'єднанням громадян, а також окремим громадянам брати участь у діяльності із запобігання і виявлення корупційних проявів;
- інформування громадян про заходи, спрямовані на запобігання і протидію корупції;
- облік осіб, яких притягнуто до відповідальності за вчинення корупційних правопорушень;
- заходи щодо відновлення порушених прав держави та інших осіб, які постраждали внаслідок корупційних правопорушень з боку суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення [10].

Фактично в Україні певний проміжок часу не було діючого Закону щодо запобігання і протидії корупції. Закон України «Про боротьбу з корупцією», прийнятий у 1995 році [11], втратив чинність з прийняттям Верховною Радою України 11 червня 2009 року антикорупційного законодавства [12], яке так і не було введено в дію, а Закони України «Про засади запобігання і протидії корупції» і «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» введені в дію з 1 липня 2011 року.

Корупція і влада є одночасно антагоністами і супутниками: влада породжує корупцію, без неї корупція як явище неможлива в принципі; корупція як соціальна корозія постійно «роз'їдає» державні структури; державна влада, у свою чергу, весь час прагне знищити корупцію. У такому двобої і відбувається співіснування зазначених явищ. Водночас жодна з них не може здобути повної перемоги, як і зазнати повної поразки, оскільки повне корумпування спільних відносин у сфері публічної влади означало б крах держави, а повне викоренення корумпованих зв'язків є неможливим, виходячи з соціальної сутності як корупції, так і влади. Вказана ситуація в якійсь мірі є парадоксальною по своїй суті, але це реальна дійсність, з якою потрібно рахуватися та брати до уваги при з'ясуванні сутності корупції.

Морально-психологічні наслідки корупції проявляються в тому, що вона:

- є потужним фактором деморалізації суспільства, девальвації моральних цінностей, деформації індивідуальної та суспільної психології;
- нищить духовні та моральні цінності;
- сприяє поширенню у суспільстві кримінальної психології;
- знижує мотивацію службових осіб у сфері державного управління, а також громадян у різних сферах соціального життя.

Корупція породжує у психології громадян відчуття безсилля, беззахисності перед державою, її окремими інститутами, посадовими та службовими особами.

Масштабне поширення корупції все більше витісняє правові, етичні відносини між людьми, а сама корупція із соціальної аномалії поступово перетворюється на правило і стає звичним способом вирішення життєвих проблем, стає нормою функціонування влади і способом життя значної частини членів

суспільства. За таких обставин у суспільній психології відбувається злам — люди у своїй поведінці з самого початку психологічно налаштовані на протиправні спроби вирішення питань. Відомий російський кримінолог С. Л. Сибіряков відмічав, що саме така психологічна атмосфера була притаманна радянському суспільству. Він вважає, що специфікою «свідсько-радянського» суспільства тривалий час був принцип «ти — мені, я — тобі». Відповідно значна частина населення країни буквально, як губка, увібрала в себе ці принципи і нерідко слідувала їм, тим більше, що у багатьох випадках і у тих умовах інакше не можна було «дістати дефіцит», створити, здійснити, кудись влаштуватись тощо [13].

Підсумовуючи проведений аналіз, можемо зробити висновки, що корупція є складним і багатоаспектним соціальним явищем. Її соціальну сутність характеризують економічний, політичний, правовий, морально-психологічний та інші аспекти. Політичний аспект займає особливе місце, оскільки корупція як соціальний феномен виникає в результаті здійснення публічної влади, є продуктом неефективного функціонування владних структур. Основним показником суспільної небезпеки корупції, який також характеризує її соціальну сутність і визначає її зміст як об'єкта адміністративно-правового дослідження, є негативні наслідки корупції, з'ясування яких дозволяє:

- виробити науковий підхід до розуміння цього негативного явища;
- визначити реальні задачі у сфері запобігання і протидії корупційним правопорушенням;
- сформулювати дієві заходи щодо запобігання і протидії корупції.

Формування засад антикорупційної політики в державі, на наш погляд, має базуватись на тому, що корупція як соціальне явище притаманне усім без винятку суспільним формаціям, усім державам світу, вона — невід'ємний атрибут публічної влади. Відмінність різних держав полягає не у наявності чи відсутності корупції як такої, а в її масштабах, характері корупційних проявів, впливу корупції на економічні, політичні, правові, моральні. Психологічні та інші соціальні процеси. Нерозуміння цього аспекту призводить до постановки нереальних завдань перед державними органами.

### Література

1. Невмержицький Є. В. Корупція як соціально-політичне явище: особливості проявів і механізми подолання в сучасній Україні : дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02 / Є. В. Невмержицький ; Ін-т держави і права України НАН України. — К., 1999. — С. 6.
2. Энгельс Ф. Положение рабочего класса в Англии // Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Т. 3. — С. 293–573.
3. Шнайдер Г. Й. Кримінологія / Г. Й. Шнайдер. — М. : Прогресс-Универс, 1994. — С. 73.
4. Гвоздецький В. Д. Правові, економічні та духовні засади протидії корупції // Міліція України. — 2011. — № 3–4. — С. 24–25. — (Науково-практичний збірник «Актуальні проблеми юридичних наук у дослідженнях учених» ; №100).
5. Степашин С. В. Против криминализации России // Российская юстиция. — 1999. — № 1. — С. 2.
6. Зелинский А. Ф. Криминальная психология / А. Ф. Зелинский. — Юринком Интер, 1999. — 240 с.

7. Омельченко С. Етапи розвитку корупції як негативного суспільного явища // *Предприимательство, хазяйство и право*. — 2000. — № 7. — С. 72–73.
8. Гвоздецький В. Д. Корупція — як соціальне явище: зміст та сутність // *Міліція України*. — 2001. — № 5–6. — С. 21–23. — (Науково-практичний збірник «Актуальні проблеми юридичних наук у дослідженнях учених» ; № 101).
9. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 7 квіт. 2011 р. № 3206-VI [Електронний ресурс]. — Ресурс доступу : zakon.rada.gov.ua.
10. Гвоздецький В. Д. Витоки та розвиток корупції в Україні // *Наука і правоохорона*. — 2011. — № 1. — С. 45–53.
11. Про боротьбу з корупцією : Закон України // *Нормативні акти України щодо охорони правопорядку*. — К., 1996. — С. 407–413.
12. Закони України: «Про засади запобігання та протидії корупції» від 11 червня 2009 року № 1506-VI, «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» від 11 червня 2009 року № 1507-VI, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 року № 1508-VI ^ офіц. вид. / Комітет Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією. — К., 2009. — 67 с.
13. Гвоздецький В. Д. Корупція — відображення стану суспільного організму // *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. — 2011. — № 3–4. — С. 124–132.

### Анотація

*Гвоздецький В. Д.* Корупція як соціальне, психологічне і моральне явище. — Стаття.

У статті аналізуються питання генези, сучасного стану антикорупційного законодавства, його здобутків, перспектив та основних напрямів розвитку. З урахуванням новітніх наукових напрацювань значна увага в статті приділяється дослідженню антикорупційного законодавства, діалектичному зв'язку між правильним визначенням змісту, сутності корупції та реальними кроками держав щодо запобігання і протидії їй.

*Ключові слова:* корупція, корупційні правопорушення, явище корумпованості, запобігання і протидія корупції, соціальне, психологічне, моральне явище.

### Аннотация

*Гвоздецкий В. Д.* Коррупция как социальное, психологическое и моральное явление. — Статья.

В статье анализируются вопросы генезиса, современного состояния антикоррупционного законодательства его достижений, перспектив и основных направлений развития. С учетом научных достижений значительное внимание уделяется исследованию антикоррупционного законодательства, диалектической связи между правильным определением содержания, сути коррупции и реальными шагами государств к ее преодолению.

*Ключевые слова:* коррупция, коррупционные правонарушения, явление коррумпированности, предотвращение и противодействие коррупции, социальное, психологическое, моральное явление.

### Summary

*Gvozdetzky V. D.* Corruption as a social, psychological and moral phenomenon. — Article.

Problems of genesis, present-day conditions of anti-corruption legislation, its achievements, prospects and basic directions of development are analysed. Inclusive of modern sciential researches considerable attend to corruption researches, dialectical connections with correct definition of add-up and substance of corruption and real governmental steps to its negotiation.

*Keywords:* corruption, phenomenon of corruption, prevention and straggle against corruption, social, psychological, moral phenomenon.

### ВПЛИВ ОКРЕМИХ ОБ'ЄКТИВНИХ ЧИННИКІВ НА ПРИЙНЯТТЯ РІШЕНЬ СЛІДЧИМ

Ряд процесуалістів обґрунтовано виділяють у проблемі статусу слідчих базові елементи, серед яких є співвідношення повноважень слідчого і начальника слідчого органу; відсутність конкурсного і відкритого порядку відбору на посади слідчих; відсутність внутрішньовідомчої самостійності слідчих; ненормованість робочого дня слідчих, їх надмірне навантаження; вихід на пенсію до досягнення пенсійного віку [1, 38–41]. Ми переконані, що ці обставини, як поодинокі, так і у своїй сукупності, негативно впливають як на професійну діяльність слідчого в цілому, так і на ті рішення, які він приймає та реалізовує по кримінальній справі. Тому дане наукове дослідження є актуальним не лише з наукової, а й з практичної точок зору.

Окремим проблемам впливу об'єктивних чинників на професійну діяльність слідчого присвячені наукові праці В. П. Бахіна, Р. С. Белкіна, М. М. Гапановича, А. Я. Гінзбурга, М. О. Головецького, Ю. М. Грошевого, В. Е. Єминова, А. М. Зініна, А. В. Іщенка, І. П. Козаченка, В. І. Комісарова, В. О. Коновалової, Ю. Г. Корухова, Г. І. Кочарова, В. В. Крилова, В. С. Кузьмічова, О. П. Кучинської, В. К. Лисиченка, Є. Д. Лук'янчикова, А. Ф. Маєвського, О. М. Моїсєєва, В. М. Петренка, Є. Є. Подголіна, С. В. Познишева, З. Г. Самошина, М. Я. Сегая, В. А. Снеткова, В. Т. Томіна, Л. Д. Удалової, П. П. Цветкова, Е. Центрова, В. В. Ціркаля, В. Ю. Шепітька, М. Є. Шумила та інших.

Однак низка питань впливу такого узагальненого об'єктивного чинника, як невизначеність процесуального статусу на прийняття рішень слідчим, залишилися поза увагою цих авторів.

Метою цієї статті є визначення впливу такого об'єктивного чинника, як процесуальний статус слідчого, на прийняття ним рішень по кримінальній справі.

Проаналізувавши ті групи чинників, що йдуть від суб'єктивних характеристик слідчого і визначають прийняття чи неприйняття ним певних процесуальних рішень, слід зосередити увагу також на об'єктивних чинниках. Так слідчий виконує важливу функцію при розслідуванні кримінальних справ, йому надані значні повноваження, але залишається невизначеним його процесуальний статус, що є першою наріжною проблемою, яка вимагає логічного вирішення.

У ст. 114 КПК йдеться про окремі повноваження слідчого, а у інших нормах КПК зазначаються його права і обов'язки. Ми підтримуємо ґрунтовні пропозиції П. В. Коляди, що ці положення мають бути виписані чітко і зрозуміло, оскільки за результатами проведення процесуальних дій слідчий приймає рішення, обов'язкові для виконання всіма підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами і громадянами. Такі рішення спрямовані насамперед на встановлення об'єктивної істини — відповідність висновків суб'єктів про-

цесуального доказування про всі істотні обставини справи (подію злочину, винність особи тощо) тому, що мало місце в дійсності. Істина може вважатися встановленою лише тоді, коли вона підтверджена об'єктивними фактами, доводами, аргументами, тобто доказами. Результатом роботи слідчого є всебічне, повне й об'єктивне розслідування кримінальної справи і прийняття по ній підсумкового процесуального рішення, спрямованого на реалізацію завдань кримінального судочинства [2, 194].

Даючи відповідь на риторичне запитання щодо того, який же статус має одна з центральних фігур кримінального судочинства, в яких умовах вона працює, П. В. Коляда однозначно резюмує, що у чинному законодавстві України такого визначення немає. У ст. 114 КПК йдеться про повноваження слідчого. Там сказано, зокрема, що рішення у процесі розслідування він приймає самостійно, за винятком випадків, коли необхідна санкція прокурора, що він має право давати доручення і вказівки органам дізнання, що його постанови, винесені у справі, обов'язкові для виконання усіма підприємствами, установами, громадянами тощо. Але це викладено стисло і не розкриває повною мірою статус слідчого. Тому слід конкретизувати обов'язки і права слідчих, порядок призначення і звільнення, гарантії процесуальної діяльності, заохочення та відповідальність, матеріальне забезпечення та соціальний захист, державне страхування і ще багато чого. Тобто необхідний відповідний закон. Такий закон, який сприятиме вдосконаленню слідчої роботи, підвищенню її ефективності, збереженню потенціалу слідчих підрозділів органів внутрішніх справ та інших правоохоронних органів, зміцненню їх професійного ядра, поліпшенню кадрового та матеріально-технічного забезпечення. Позицію Міністерства внутрішніх справ поділяють як представники інших правоохоронних відомств, так і ряд депутатів. Зокрема, Ю. О. Кармазін, виступаючи на засіданні колегії МВС, однозначно висловився щодо якнайшвидшого прийняття Закону «Про статус слідчого». Гарантії незалежності слідчого, а також заходи щодо його правового захисту, матеріального і соціального забезпечення повинні поширюватися на всіх слідчих України і не можуть бути скасовані чи знижені іншими нормативними актами. Необхідно закріпити в законодавстві і неприпустимість втручання у діяльність слідчого при провадженні досудового слідства. Ніхто, крім прокурора, безпосереднього начальника слідчого підрозділу та вищестоящих керівників слідчих апаратів, їх заступників, які діють у межах повноважень, визначених КПК України, не може втручатися у слідчого кримінальну справу для перевірки стану розслідування, вивчення і дачі щодо неї вказівок, визначення кваліфікації злочину чи будь-яким іншим шляхом втручатися у процесуальну діяльність слідчого. Слідчий не зобов'язаний давати пояснення щодо суті закінчених ним справ або справ, які були в його провадженні, а також давати їх будь-кому для ознайомлення, інакше як у випадках і порядку, передбачених законом. Будь-яке не передбачене законом втручання у діяльність слідчого при провадженні досудового слідства має бути заборонено. Якщо ж хто-небудь впливатиме на слідчих, аби перешкоджатиме всебічному, повному й об'єктивному встановленню обставин справи, він повинен нести відпо-

відальність згідно з чинним законодавством. Слідчий має бути особою недоторканною, і це теж треба чітко зазначити в Законі. Недоторканність слідчого поширюється на його житло, службове приміщення, транспорт і засоби зв'язку, кореспонденцію, належне йому майно і документи. Так, доцільно рекомендувати, щоб кримінальну справу проти слідчого міг порушити тільки Генеральний прокурор України або його заступник. Слідчий не повинен підлягати і заходам адміністративного стягнення. Матеріали про адміністративні правопорушення, вчинені слідчим, мають направлятися керівникові слідчого апарату, який має право притягати слідчого до дисциплінарної відповідальності. Професію слідчого без перебільшення можна назвати унікальною, її представників в усіх силових відомствах держави не набереться й п'ятнадцяти тисяч. Зрозуміло, що ніхто більше в державі не може виконати функцію розслідування злочинів і здійснення кримінального судочинства. Результатами роботи слідчих є притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні злочинів, — щорічно сотень тисяч. Звісно, цей «контингент», серед яких чимало вбивць, ґвалтівників, ніколи прихильно до слідчих не ставитиметься, навпаки, жадатиме помсти. Слід передбачити в законопроекті також державний захист слідчих та членів їх сімей. Посягання на життя і здоров'я слідчого, вчинені у зв'язку з його службовою діяльністю, а також знищення або пошкодження його майна, погроза вбивством, насильством чи пошкодженням майна слідчого, образа чи наклеп на нього, а також посягання на життя і здоров'я близьких родичів слідчого, погроза їм вбивством, насильством чи пошкодженням майна мають тягнути за собою відповідальність згідно із законодавством. Слідчий повинен мати право на забезпечення індивідуальними засобами захисту, які на його вимогу повинні надавати відповідні підрозділи згідно з Законом України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів». Слід зазначити окремо й те, що правопорушення щодо колишнього слідчого та його родини, вчинені у зв'язку з його попередньою службовою діяльністю, також повинні тягнути за собою відповідальність згідно з законом. Слідчий повинен мати право оскаржити до суду прийняте щодо нього рішення посадових осіб, якщо вважатиме, що вони обмежують його особисті права, принижують честь і гідність особи. В Законі слід докладно виписати всі права та обов'язки слідчих, що випливають з тих владних повноважень, які необхідні їм для здійснення досудового слідства. Не можна обійти увагою проблеми матеріального забезпечення слідчих, їх соціального захисту. Отже, прийняття Закону «Про статус слідчого» сприятиме збереженню потенціалу слідчих підрозділів як органів внутрішніх справ, так і інших правоохоронних органів, зміцненню їх професійного ядра, поліпшенню кадрового та матеріально-технічного забезпечення. Це, безперечно, дасть можливість підвищити якість роботи слідчих працівників з розкриття і розслідування злочинів [2, 85–87]. До наведених положень Б. В. Романюк пропонує додати порядок спеціального відбору та призначення на посади слідчих і проходження ними служби. Усе це має бути чітко виписано у законі про статус слідчого: слідчі повинні мати вищу юридичну освіту, стаж практичної діяльності за спеціальністю, як правило,

помічником слідчого, необхідні дані, що відповідають професіограмі особистості для цієї державної посади, і мають призначатися на неї Президентом України з наступною переатестацією кожних 5 років [3, 352].

Б. В. Романюк вірно стверджує, що слідчий має бути самостійним і процесуально незалежним, як і суддя, не тільки у своїх діях, але і у процесуальних рішеннях. Тільки тоді він зможе нести за них повну відповідальність. Виходячи з останнього правила, нині склалася парадоксальна ситуація, коли він несе відповідальність навіть за виконання неправильних вказівок прокурора чи рішень суду у певних питаннях [3, 352].

Слід прислухатися також до частково раціональних, на наш погляд, пропозицій О. І. Литвинчука, який традиційно проблемними складовими процесуального статусу слідчого виділяє виконання невласливих функцій; повну процесуальну залежність від прокурора; відсутність належних процесуальних гарантій безперешкодного виконання повноважень слідчим та встановлений відомчими наказами, а не законодавчим актом, порядок притягнення слідчих до дисциплінарної відповідальності за порушення норм кримінально-процесуального законодавства. Як вихід із «тупикової ситуації» вказаний автор пропонує залишити у КПК єдину процесуальну функцію слідчого — об'єктивне дослідження обставин кримінальної справи, тому такі дії, як порушення кримінальної справи, затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, пред'явлення обвинувачення, складання обвинувального висновку слід виключити з компетенції слідчого. Крім того, для того щоб забезпечити дійсні процесуальну незалежність та самостійність слідчого прокурор повинен бути позбавлений права: дачі слідчому обов'язкових для виконання вказівок; скасування його рішень та визнання незаконними дій; дачі санкцій тощо. Оскарження рішень і дій слідчого повинно відбуватися лише до суду. Закон «Про статус слідчого» повинне бути єдиним орієнтиром по притягненні слідчих до дисциплінарної відповідальності [4, 181–183].

П. В. Коляда у своїй книзі «Проблеми досудового слідства у кримінальному процесі» наводить один цікавий приклад, що трапився зі слідчим лінійного відділу на станції Микитівка Донецької залізниці капітаном міліції Антоніною Шейкіною. Через необхідність завершити в строк розслідування кримінальних справ жінка затрималася на роботі майже до 11-ї години вечора. За кількасот метрів до її будинку на неї у зв'язку з розслідуваною нею справою напав злочинець, завдавши ножових поранень голови, шиї та рук. Нападника, який раніше перебував у місцях позбавлення волі, затримали. Відбувся суд, винний зазнав передбаченого законом покарання. Однак 36-річна жінка-слідчий дістала тяжкі поранення, перебувала в реанімації на межі життя та смерті, а потім багато місяців лікувалася. І такі випадки, на жаль, непоодинокі [2, 87–88].

О. В. Останін вірно вказує, що процесуальна діяльність слідчого постійно знаходиться під ретельним і державним наглядом та громадським контролем, і будь-яке відхилення від норми загрожує небезпекою застосування кримінально-правової репресії щодо порушника — слідчого. Разом з цим процесуальна діяльність слідчого і він сам, як її суб'єкт, у забезпеченні кримінально-право-

вим захистом обділені увагою законодавця. Наприклад, у розділі 18 Особливої частини КК України (Злочини проти правосуддя) мова йде виключно про відповідальність слідчого, а захист гарантується іншим учасникам судочинства (судді, народному засідателю, присяжному, захиснику, представнику особи, свідку, потерпілому тощо). Окрім того, обов'язок забезпечення особи, що вчинила злочин, правовою допомогою більшою мірою покладений на слідчого, а не на тих, хто обрав правозахисну діяльність своєю професією. Як свідчить практика, коли мова йде про забезпечення захисту платоспроможної особи, особливих питань, як правило, не виникає. Але у тому разі, коли це питання постає щодо забезпечення обов'язковим захистом неплатоспроможної особи, у слідчого виникають проблеми, пов'язані з ризиком підпасти під дію ст. 374 КК. Практика свідчить, що навіть отримавши від слідчого повідомлення про необхідність забезпечення підслідного послугами адвоката, територіальні колегії не поспішають з вирішенням цього питання, нічим не ризикуючи. Було б також доцільним доповнити розділ 18 кримінально-правовою нормою, якою було б встановлено кримінальну відповідальність за незаконне втручання в процесуальну діяльність слідчого працівниками та керівництвом інших правоохоронних органів, а також злісне невиконання вказівок та доручень слідчого. Великі надії щодо покращення становища слідчого покладались на прийняття Закону «Про статус слідчого», але проект останнього був заблокований і зараз робота по ньому припинена. За існуючого стану, проект Кримінально-процесуального кодексу України містить у собі стійку тенденцію до збільшення обсягу процесуальних формальностей слідчої діяльності з одночасним обмеженням кола повноважень слідчого, перетворюючи останнього фактично у дізнавача з підвищеною відповідальністю. Навряд чи існуюче ставлення до проблем досудового слідства сприятиме побудові демократичної правової держави, тому потрібно негайно змінювати акценти у відношенні до слідства як законодавчої, так і виконавчої гілок влади [5, 244–246].

У ракурсі морально-професійної деформації нам видається за необхідне виділити як віддалений наслідок цього негативного явища і відношення «очерствілого» слідчого до своєї праці в цілому. Відповідно до розуміння школи «поведінкових наук», найважливішими мотиваторами можуть бути і повинні бути характер і зміст праці, об'єктивна оцінка і визнання досягнень працівника, можливість творчої самореалізації і, нарешті, можливість керувати своєю працею. Парадоксальне ствердження Ф. Герцберга: «Кращим мотиватором є сама праця», за сучасних умов здобуває реальний зміст. Це відбувається в умовах зміни «якості» людських ресурсів: росту рівня культури, освіти, кваліфікації; ускладнення рівня потреб і ціннісних орієнтацій. Найбільш практичне розповсюдження і популярність з-поміж підходів, що відносяться до концепції «людських стосунків», набув метод «збагачення праці». Цей метод дозволив істотно підвищити ефективність робіт, пов'язаних з нервово психічною напругою при жорстких вимогах до якості виконання виробничих завдань. Метод «збагачення праці» має свою цілком оригінальну «теорію двох факторів» Ф. Герцберга. У 50-х роках американський дослідник провів репрезен-

тативний експеримент з метою з'ясування, які умови роботи зумовлюють особливо добре чи особливо погане ставлення до виконуваної роботи. Отримана ним інформація дозволила зробити висновок про те, що існують дві групи факторів, які у симбіозі мають особливий і дуже специфічний вплив на ставлення до праці: підтримуючі або гігієнічні фактори, які пов'язані насамперед з умовами праці і соціальним середовищем на місці роботи; мотивуючі фактори, які визначають ставлення працівника до праці [6, 15–16].

**Висновки.** Отже належне врегулювання процесуального статусу слідчого потребує наполегливої праці як із сторони науковців, так і з сторони практичних працівників. Можемо констатувати, що перші вагомі кроки на цьому шляху вже зроблено, адже 15 червня 2011 року видано наказ №336 «Про проведення експерименту щодо апробації вертикальної системи підпорядкування слідчих підрозділів органів внутрішніх справ України», яким затверджено Тимчасове положення про органи досудового слідства МВС, Тимчасову інструкцію з організації діяльності органів досудового слідства в системі МВС України та взаємодії їх з іншими структурними підрозділами органів внутрішніх справ України в розкритті та розслідуванні злочинів.

### Література

1. Лобойко Л. М. Реформа досудового розслідування і статусу слідчих (Біла книга. Проект для обговорення): Американська асоціація юристів. Ініціатива з верховенства права / Л. М. Лобойко, О. А. Банчук. — К.: 2010. — 41 с.
2. Коляда П. В. Проблеми досудового слідства у кримінальному процесі / П. В. Коляда. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 208 с.
3. Романюк В. В. Процесуальні рішення слідчого та правові засоби забезпечення їх об'єктивності й виконання // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законопослушній і правозастосовній діяльності: тези доп. та повідомл. наук.-практ. конф. (Київ, 3 квіт. 2009 р). Видання присвячене пам'яті професора А. Я. Дубинського. — К.: Атіка, 2009.
4. Литвинчук О. І. Процесуальний статус слідчого в кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / О. І. Литвинчук. — Луганськ, 2007. — 244 с.
5. Остапів О. В. Досконалість норм матеріального права як одна з головних умов ефективної діяльності слідчого // Досудове слідство: шляхи вдосконалення кримінального та кримінально-процесуального законодавства: матеріали всеукр. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ, 30 листоп. 2007 р.). Івано-Франківськ: ЗАТ «Надвірнянська друкарня», 2008.
6. Матюхіна Н. П. Сучасні проблеми управління персоналом органів внутрішніх справ України: наук.-практ. посіб. / Н. П. Матюхіна; за заг. ред. О. М. Бандурки. — Х.: Основа, 2002. — 126 с.

### Анотація

**Басиста І. В.** Вплив окремих об'єктивних чинників на прийняття рішень слідчим. Стаття.

Дана стаття присвячена впливу такого узагальненого об'єктивного чинника на прийняття рішень слідчим, як невизначеність його процесуального статусу. Адже незважаючи на те, що слідчий є «центральною фігурою» у досудовому розслідуванні, і в силу вимог статті 2 КПК зобов'язаний забезпечувати охорону прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, його особисті права та гарантії залишаються не належним чином урегульованими.

**Ключові слова:** слідчий, рішення слідчого, об'єктивні чинники, права, обов'язки, гарантії діяльності, процесуальний статус, процесуальна незалежність, законність, підслідність.

## Аннотация

**Басиста И. В.** Влияние отдельных объективных факторов на принятие решений следователем. — Статья.

Данная статья посвящена влиянию на принятие решений следователем такого обобщенного объективного фактора, как неопределенность его процессуального статуса. Так как несмотря на то, что следователь является «центральной фигурой» в досудебном расследовании, и в исполнение требований статьи 2 УПК обязан обеспечить охрану прав и законных интересов физических и юридических лиц, которые берут участие в уголовном судопроизводстве, его личные права и гарантии остаются не должным образом урегулированными.

**Ключевые слова:** следователь, решение следователя, объективные факторы, права, обязанности, гарантии деятельности, процессуальный статус, процессуальная независимость, законность, подследственность.

## Summary

**Basista I. V.** The effect of some objective factors on investigator's decisions. — Article.

This article deals with the impact of such a generalized objective factor in the decision-making by the investigator as the uncertainty of its procedural status. After all, despite the fact that the investigator is a «central figure» in the preliminary investigation and due to the requirements of Article 2 of the CPC shall ensure protection of rights and lawful interests of individuals and entities involved in criminal proceedings of his personal rights and guarantees are not properly regulated.

**Keywords:** investigator, investigator decision, objective factors, rights, obligations, guarantees of a procedural status, procedural independence, legality, investigative jurisdiction.

УДК 343.231

*Т. В. Колеснікова*

### ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ НЕГАТИВНИХ ЗМІН В ОБ'ЄКТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЯК НАСЛІДКІВ ЗЛОЧИНУ

В кримінально-правовій доктрині проблеми, пов'язані з визначенням наслідків злочину, постійно викликали і продовжують викликають глибокий інтерес, адже вони мають як теоретичний, так і прикладний характер. Дискусії, які висвітлювалися в наукових працях, мали важливе значення як для юридичної науки в цілому так і для розвитку кримінального законодавства. Свій значний внесок у вивчення даної тематики зробили П. С. Берзін, Я. М. Брайнин, В. К. Глістин, Ю. А. Демидов, М. Д. Дурманов, С. В. Землюков, М. І. Ковальов, М. Й. Коржанський, В. М. Кудрявцев, Н. Ф. Кузнецова, В. В. Мальцев, О. С. Міхлін, О. М. Миколенко, В. Т. Нор, Б. С. Никифоров, М. І. Панов, О. О. Піонтковський, В. С. Прохоров, А. М. Трайнін, Е. А. Фролов, Т. В. Церетелі та ін. В той же час теорія наслідків злочину у значній своїй частині залишається ще не перекладеною на зміст конкретних норм кримінального закону, що негативно впливає на рівень ефективності кримінального закону і перешкоджає розробці науково-обґрунтованих рекомендацій, які необхідні для практичного використання при застосуванні заходів кримінальної відповідальності згідно з положеннями чинного Кримінального кодексу Украї-

ни. Не вирішеним залишається й питання визначення змін в об'єкті кримінально-правової охорони як наслідків злочину в теорії кримінального права. Саме в цьому, на наш погляд, і полягає актуальність зазначеної статті, метою якої вбачається розроблення, на підставі аналізу чинного законодавства та теоретичних положень кримінального права, єдиного погляду щодо визначення змін в об'єкті кримінально-правової охорони як наслідків злочину.

Досліджуючи питання наслідків злочину, слід мати на увазі, що вони за своєю сутністю безсумнівно породжують певні зміни в об'єкті кримінально-правової охорони. Слід зазначити, що рівень пізнання утворених в об'єкті злочину змін — наслідків злочину стосується характеристики тих із них, які втілюються у певні форми і здатні відчуватись й сприйматись безпосередньо людиною. Разом із цим не виключаються й випадки, коли такі зміни не об'єктивізуються зовні, а їх відповідні форми не здатні відчуватись або сприйматись органами чуття людини [5, 87]. Як правило, в цих випадках говорять про те, що такі зміни враховуються у змісті об'єкта злочину незалежно від того, чи втілюються вони в конкретну для сприйняття форму, чи проявляються на соціальному рівні без зовнішнього об'єктивного їх прояву. Лише в окремих випадках такі зміни описуються як шкода, що існує в об'єктивній дійсності й стосується відносин між людьми в даній суспільно-економічній формації, як видимий результат фізичного діяння або явища, які вже виникли сьогодні. Необхідно розрізняти зазначені зміни, які можуть існувати на так званому чуттєвому рівні пізнання, а також такі, які утворюються всередині якоїсь формації, що не сприяє їх зовнішній об'єктивізації, здатної сприйматись та уявлятись. В цих випадках особливості названих змін мають враховувати характеристику існуючого зв'язку між конкретною соціальною цінністю, взятою під кримінально-правову охорону, та специфікою її ураження. Зрештою, цей зв'язок враховується при обранні способу позначення наслідків у кримінально-правовій нормі.

При описуванні наслідків злочину, законодавець вказує на негативні зміни взятих під кримінально-правову охорону соціальних цінностей, при цьому відображає якісний та кількісно-якісний типи існуючого зв'язку між взятою під кримінально-правову охорону соціальною цінністю та її ураженістю. Якісний зв'язок має місце тоді, коли вплив, якому піддаються з боку певної особи зазначені цінності, зумовлює утворення в них таких негативних змін, які виключають їх кількісний вимір або не потребують його. У даному разі утворені зміни можуть бути визначені з урахуванням внутрішньої єдності, цілісності явища, покладеного в основу розуміння об'єкта злочину, й не піддаються жодним «кількісним коливанням». Тому якісний тип такого зв'язку передбачає залежність змін в об'єкті злочину від такої специфіки останнього, яка повністю охоплює його (об'єкт як конкретну соціальну цінність) як одне, єдине ціле і не може бути відокремлена від нього. В цьому разі зміни в об'єкті є безпосереднім його відображенням, стосуються лише якісної визначеності його елементів (компонентів) і, зрештою, означають утворення іншого явища, якісно відмінного від того, яке вважається цим об'єктом. Саме таким чином має враховуватись, наприклад, життя людини при визначенні її біологічної смерті як результату

умисного вбивства (ст. ст. 115–118 Кримінального кодексу України) [4, 50–51], оскільки ця соціальна цінність не може бути виміряна у кількісних показниках, а її визначеність не залежить від таких категорій, як величина, розмір, об'єм, обсяг, кількість. Кількісно-якісний зв'язок утворюється тоді, коли вплив, якому піддаються соціальні цінності, зумовлює наявність таких змін в об'єкті злочину, визначеність яких можлива за декількома показниками. Один із таких показників є кількісним (має кількісну специфіку), а інший — якісним. На відміну від якості, кількість — це завжди визначеність названих змін, яка являє собою величину, розмір, обсяг, кількість. З позиції філософського погляду співвіднесення кількості та якості, слід звернути увагу на те, що в розвитку суперечності між кількістю і якістю на першому етапі переважне значення мають кількісні зміни [3, 43]. Якісна зміна певного предмета являє собою збільшення чи зменшення його величини, зміну його ступеня, але без докорінної зміни якості. На певному етапі настає момент, коли якісні зміни стають провідними. Вони зумовлюють виникнення нової єдності, нової міри як межі зміни предмета, оскільки кожен предмет є самим собою лише в межах, визначених цією мірою. Лише в таких випадках і можливі кількісні зміни.

За нашим переконанням, оскільки зазначені зміни мають різний характер і зміст, то об'єкт злочину може включати одночасно кілька їх різновидів. При цьому відбувається це незалежно від ступеня реалізації особою її злочинного наміру, спрямованого на ураження взятих під кримінально-правову охорону соціальних цінностей. Утворені в об'єкті злочину зміни, маючи місце в об'єктивній дійсності, відображаються як форми проявів сутності одного із її явищ, а саме — наслідків [2, 67]. Саме законодавець має створювати, фіксувати і обирати ті варіанти ураження взятих під кримінально-правову охорону соціальних цінностей, які утворюються в результаті спрямованого на них конкретного різновиду суспільно небезпечного діяння. На цій підставі й слід з'ясовувати особливості законодавчого «переходу» від змін в об'єкті злочину до наслідків як найбільш типової їх форми в межах об'єктивної сторони складу злочину (тобто врахування законодавцем певної «трансформації» змін в об'єкті злочину у змістовні характеристики шкоди як відповідного елемента складу злочину — фактично, елемента його об'єктивної сторони). Йдеться про те, що в складі злочину зазначені зміни, набуваючи певного об'єктивного виразу (який можна визначити, вимірити, обчислити), стають наслідком певного виду. За своїм характером такі наслідки можуть містити й окремі різновиди утворених в об'єкті злочину змін. Для того, щоб реально побачити наскільки повно шкода, як компонент об'єктивної сторони складу злочину, охоплює названі зміни слід звернутись до з'ясування її співвіднесення з механізмом утворення в об'єкті злочину відповідних змін. Таке співвіднесення може бути проілюстровано на підставі виділення безпосереднього (прямого), опосередкованого і комбінованого характеру змін в об'єкті злочину, які враховуються при визначенні їх реального втілення, їх певної об'єктивізації в межах такого елемента складу злочину, як наслідки.

Безпосередній характер змін передбачає їх утворення в результаті фактично вчиненого особою суспільно небезпечного діяння та повне їх передбачення

(відображення, охоплення) у змісті відповідного елемента складу злочину, зокрема, наслідків. В більшості випадків такий варіант характерний в разі утворення негативних змін в об'єкті злочину у виді відповідних втрат соціальних цінностей. Опосередкований характер має місце в разі, коли лише деякі із утворених в об'єкті злочину змін при вчиненні суспільно небезпечного діяння (кількох діянь) обґрунтовано визнаються змістовною характеристикою шкоди певного виду, а відповідно, і наслідків як елемента складу злочину [1, 24]. В цьому випадку при визначенні змісту цього елемента складу враховується різний зміст утворених в об'єкті злочину змін, що виражаються у виділених вище втратах соціальних цінностей і витратах для їх відновлення (зворотній характер наслідків злочину).

Ще одне важливе, на наш погляд, питання стосується доцільності розмежування «наслідків — змін в об'єкті злочину» (рівнозначний варіант — «наслідки — шкода об'єкту злочину») та «наслідків — зміни в матеріальному світі» відповідно як «змісту» і «форми». На нашу думку, підходи щодо співвідношення цих детерміністичних категорій як і будь-яке явище може бути представлено як взаємодія змісту і форми, які лише разом утворюють явище. Зміст явища — це умовно теоретична сукупність елементів, що утворюють досліджуваний феномен (він не є явищем, а лише його частина), а форма — практичний спосіб існування цього теоретичного змісту. Неоднозначне з'ясування сутності цих категорій діалектики призводить до помилкового обґрунтування співвідношення «наслідків — змін в об'єкті злочину» («наслідків — шкоди об'єкту злочину») та «наслідків — зміни в матеріальному світі» з позиції відповідно змісту і форми. Суть цієї проблеми в тому, що як зміст явища (тобто результат певного типу суспільно небезпечної поведінки, який визначений законом як злочин) розглядається практична дійсність, тобто щось реально існуюче (соціальна матерія). Зокрема, визнання змістом «наслідків — шкоди об'єкту злочину», які не є однаковими при фактичному вчиненні особою діяння, що містить склади різних злочинів, а формою — неоднакових змін в матеріальному світі фактично суперечить тому, що в суспільних явищах саме соціальна матерія має значення форми, і все що відбувається навколо, це лише форма [3, 86]. Її змістом виступають природні закономірності суспільного розвитку, і в тому числі механізм правового регулювання. Лише форма являє собою ту сторону об'єкта, яка змінюється вслід за змінами в змісті. Саме форма набуває різних модифікацій в прямій залежності від змісту, який розвивається, і факторів навколишньої дійсності, що змінилася.

Значення такої взаємодії форми і змісту при розмежуванні «наслідків — змін в об'єкті злочину» та «наслідків — зміни в матеріальному світі» полягає в тому, що розгляд першого як форми здатний принаймні відобразити динаміку формування наслідків як елемента складу злочину, а також особливості врахування змін в матеріальному світі як певних категорій соціальної дійсності при їх визначенні саме з урахуванням того, що не всі зміни в матеріальному світі визнаються змінами (шкодою) в об'єкті злочину. На цій підставі можна спостерігати те, якої об'єктивізованої форми набувають останні під впливом пер-

ших, як така форма модифікується чи у що саме вона трансформується, а також в яких випадках зміни в об'єкті злочину об'єктивізується на рівні елементів складу злочину. Тому і розуміння першого поняття як форми, що походить від змін в матеріальному світі, може пояснити те, як така форма набуває придатних для чуттєвого сприйняття характеристик, що традиційно використовуються у юридичних конструкціях (однією із них є склад злочину). Внаслідок цього наповнення відповідних значень такої форми, змісту та взаємозв'язків між її характеристиками здійснюється при визначенні наслідків як елемента складу злочину. Для з'ясування цього слід досліджувати процеси утворення змін в об'єкті злочину та враховувати особливості їх відображення у змісті наслідків як елементів складу злочину, не забуваючи, що це лише форми явища — названого результату певного типу суспільно небезпечної поведінки, який визначений законом як злочин. Таким чином, як відносно самостійне явище такий результат має свою сутність — у будь-якому разі він є змінами в матеріальному світі, — а також форми, у які можуть втілюватись ці зміни, а саме — зміни в об'єкті злочину та наслідки як елемент складу злочину.

Сукупність виділених характеристик негативних змін в об'єкті кримінально-правової охорони дозволяє визнати, що, з одного боку, ці зміни враховуються у змісті об'єкта злочину і пов'язані з ним, а з іншого — мають відносну самостійність при виділенні типової форми їх оцінки, яка враховується у змісті елементів об'єктивної сторони складу злочину. Специфічним «перемикачем» подвійної юридичної природи змін є трансформація їх характеристик у найбільш типові форми оцінки. Така трансформація свідчить про відображення змістом цих типових форм в межах об'єктивної сторони складу злочину певного виду змін в об'єкті злочину і має наступні особливості: 1) вона передбачає не лише наявність (диференціацію) одного чи кількох виділених різновидів змін в об'єкті злочину, вказуючи на «загальну» ознаку, властиву всім злочинам, а й зв'язки між ними у виді відповідних «проявів» цих різновидів; 2) ознакою утворення в об'єкті злочину названих змін є акт поведінки осудної чи обмежено осудної особи або осудної особи, яка згодом захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання, що породжує їх (зміни); 3) за межі механізму утворення цих змін винесений прояв суспільно небезпечної активності особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, або є неосудною; 4) зміст цієї трансформації залежить від її характеристик, які стосуються: а) врахування якісного та кількісно-якісного типу ураженості соціальної цінності; б) утворення виділених вище різновидів негативних змін в охоронюваних кримінальним законом соціальних цінностях; в) визнання таких різновидів негативних змін шкодою певного виду.

**Висновки.** Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що врахування цих положень дозволяє з'ясувати місце наслідків у механізмі злочинного посягання, коли вони сприймається не просто як результат діяння, а фактор, що руйнує, пошкоджує соціальне життя. Зміст терміна «наслідок» слід розкривати через розуміння негативних змін компонентів об'єкта кримінально-правової охорони. Це, за нашим переконанням, дозволяє сформулювати поняття

наслідків злочину як кримінально-правового явища та надати основні змістовні ознаки:

1. У теорії кримінального права одним із значень, у яких доцільно вживати термін «наслідки злочину», є найбільш широке розуміння результату поведінки суб'єкта злочину, який передбачає утворення шкідливих змін в соціальному середовищі. В інших значеннях слово «наслідки» доцільно вживати: а) як загальне за своїм змістом, що позначає результат суспільно небезпечної поведінки (діяння); зміст такої поведінки позначає результат поєднання системи виділених різновидів суспільно небезпечного діяння з іншими фактичними обставинами (юридичними фактами); б) як таке, що позначає результат певного типу суспільно небезпечної поведінки (діяння), який визначений законом як злочин певного виду чи його окремого різновиду (у поєднанні з іншими юридичними фактами); в) як таке, що позначає законодавчу модель результату злочину певного виду (як елемент об'єктивної сторони складу злочину); г) як таке, що позначає систему заходів кримінально-правового впливу, які застосовуються за відповідний тип суспільно небезпечної поведінки.

2. Суспільно небезпечне діяння охоплює дії та бездіяльність, які вчиняються осудною чи обмежено осудною особою, особою, яка згодом захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку чи під час відбування покарання, а також суспільно небезпечну активність особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, або є неосудною, що у поєднанні з іншими юридичними фактами викликає ураження відповідних компонентів (елементів) об'єкта злочину, об'єкта посягання, вчиненого особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудною особою. Це означає, що викликані суспільно небезпечним діянням таких осіб наслідки є результатом ураження соціальних цінностей (у змісті окремих елементів названих об'єктів), передбачають утворення в результаті такого ураження негативних змін цих цінностей і визнаються суспільно небезпечними. Для найменування таких наслідків суспільно небезпечної поведінки доцільно вживати термінологічний зворот «суспільно небезпечні наслідки».

3. Будь-який результат суспільно небезпечного діяння, визнаного злочинним, розглядається як ураження відповідних компонентів (елементів) об'єкта кримінально-правової охорони і характеризується утворенням в ньому негативних змін. В цьому плані описаний результат властивий будь-якому злочину, а для його найменування доцільно використовувати термінологічний зворот «наслідки злочину».

4. В тому випадку, коли така законодавча модель злочину певного виду чи його окремого різновиду, як склад злочину включає у свій зміст злочинні наслідки, останні слід розглядати відносно самостійним юридичним фактом (типом або моделлю таких фактів), який подається як обов'язковий елемент об'єктивної сторони у цьому складі і охоплює: а) ураження певних компонентів (елементів) об'єкта кримінально-правової охорони, що характеризується утворенням в ньому негативних змін, та б) вплив цих змін на визнання типовою формою їх оцінки в кримінальному праві — шкоди. Для найменування такого

обов'язкового елемента доцільно вживати термінологічний зворот «наслідки як елемент складу злочину» або рівнозначний йому зворот «злочинні наслідки як елемент складу злочину».

5. Взаємозв'язок змісту кожного із виділених різновидів суспільно небезпечного діяння (активності) особи (злочину та інших передбачених КК діянь, які в силу різних причин як злочини не кваліфікуються) із конкретними (типовими і «особливими») заходами кримінально-правового впливу означає, що для найменування системи цих заходів, які застосовуються за вчинення названого діяння (активності), доцільно вживати термінологічний зворот «кримінально-правові наслідки».

### Література

1. Албул С. В. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти розуміння корисливого мотиву вчинення злочинів // Південноукраїнський правничий часопис. — 2008. — № 1. — С. 23–25.
2. Берзін П. С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення / П. С. Берзін. — К. : Дакор, 2009. — 252 с.
3. Ивакин А. А. Краткий очерк общей философии / А. А. Ивакин. — О. : Астропринт, 1999. — 112 с.
4. Кримінальний кодекс України. — Х. : Одиссей, 2011. — 224 с.
5. Миколешко О. М. Теоретичні основи дослідження шкоди, заподіяної злочином : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. М. Миколешко ; ОНУ ім. І. І. Мечникова. — О., 2005. — 220 с.

### Анотація

**Колеснікова Т. В.** До питання визначення негативних змін в об'єкті кримінально-правової охорони як наслідків злочину. Стаття.

Стаття присвячена питанням визначення негативних змін в об'єкті кримінально-правової охорони як наслідків злочину в теорії кримінального права України. Автор, на підставі аналізу існуючих точок зору, положень чинного кримінального законодавства, виказує особисте ставлення до означеного питання та надає конкретні пропозиції щодо вдосконалення теоретичних знань та практики його застосування.

**Ключові слова:** злочин; наслідки злочину; негативні зміни в об'єкті кримінально-правової охорони; об'єкт злочину; об'єкт кримінально-правової охорони; склад злочину.

### Аннотация

**Колесникова Т. В.** К вопросу определения негативных изменений в объекте уголовно-правовой охраны как последствий преступления. Статья.

Статья посвящена вопросам определения негативных изменений в объекте уголовно-правовой охраны как последствий преступления в теории уголовного права Украины. Автор, на основе анализа существующих точек зрения, положений действующего уголовного законодательства, излагает собственное видение указанной проблемы и предоставляет конкретные предложения относительно совершенствования теоретических знаний и практики его применения.

**Ключевые слова:** негативные изменения в объекте уголовно-правовой охраны; объект преступления; объект уголовно-правовой охраны; последствия преступления; преступление; состав преступления.

### Summary

**Kolesnikova T. V.** Issues of defining negative changes in the criminal law protection object as crime consequences. — Article.

Article is dedicated to criminal-law protection object negative changes defining as the crime consequences in the Ukrainian criminal law theory. Based on the existing views, criminal legislation provisions, author presents personal vision of the mentioned issues and specific suggestions on improvement of the theoretical knowledge and practice of its application.

**Keywords:** negative changes in criminal-law protection object; crime object; criminal-law protection object; crime consequences; crime; corpus delicti.

Розділ 2

**АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ  
ФІЛОСОФІЇ ТА ФІЛОСОФІЇ ПРАВА**



**БЫТЬ — ЭТО ЗНАЧИТ, ПОСТОЯННО ИЗМЕНЯЯСЯ,  
ВСЕ БОЛЕЕ СТАНОВИТЬСЯ САМИМ СОБОЮ**

Итак, в жизни самое полезное — совершенствовать свой интеллект или разум, насколько мы можем, и в этом одном заключается для человека наивысшее счастье или блаженство.

*Бенедикт де Спиноза*

О чем беседуют, о чем размышляли и продолжают размышлять современные и древние философы? Да, в общем-то, — об одном и том же: о том, что такое бытие — как мира в целом, так и человека, живущего в этом Мире.

Поскольку бытие подразумевает устойчивость, закономерность, то есть некоторую регулярность, правильность, то философия стремится к тому, чтобы выяснить эти правила бытия и понять, каким образом их следует соблюдать. Подлинные философы всегда стремились помочь и себе, и другим людям правильно мыслить и на основании такого мышления — правильно, мудро жить.

Людям важна и интересна устойчивость самого дорогого и ценного, то есть того, что обеспечивает им жизнь, и — не просто жизнь, человеку этого мало, но — жизнь благодатную, базирующуюся на основных этических принципах ее стабильности и знании смысла своего личного и общинного присутствия в мире. Сохранение бытия различных сторон такой жизни всегда входило в круг забот людей. Для древних греков наверняка одной из важнейших забот была забота о сохранении их цивилизации. Отсюда и весь настрой платоновской философии с ее поиском идеально устроенного и поэтому — прочного государства и понимания того, что лежит в основе этой прочности — вечного и неизменного мира идей, поддерживающего бытие мира бранных вещей.

Главным требованием всех нравственных, религиозных и юридических законов было и есть: сохранять качество (стабильность, устойчивость) человеческого бытия. Миросберегающие ценности... Их поиски человеком и были одним из важнейших субъективных усилий, которые стимулировали возникновение философии. Впрочем, и сама философия, и то, исследованием чего она стала заниматься, а именно — истинное мышление о бытии, — тоже доказали со временем свою чрезвычайную ценность.

В связи со всем тем, что было сказано, весьма странным кажется мнение Аристотеля, согласно которому люди философствовать начали «не ради какой-нибудь пользы» и философия существует только «ради самой себя» [1, 69], то есть она бесполезна в практической жизни. На самом деле это не так, и философия очень нужна человеку и, прежде всего, для того, чтобы найти средства и способы сохранения и приумножения человеческих ценностей. Уж не в пику ли своему учителю Платону сделал Аристотель такое свое заявление? Ведь тот-то как раз считал, что правителями идеально, разумно устроенного госу-

дарства должны быть именно и только философы. При этом важно подчеркнуть, что главный аргумент для обоснования структуры и функций такого государства Платон ищет в логике устройства Космоса, тем самым следуя призыву Гераклита к людям слышать Логос и следовать его повелениям.

Интересно то, что эта важная мудрость имплицитно, в «свернутом виде» уже содержится в изречении одного из отцов европейской философии — Анаксимандра, то есть задолго до Гераклита. В известной работе Г. Дильса «Фрагменты досократиков», это единственно дошедшее до нас изречение Анаксимандра, дано в следующем переводе: «Из чего же вещи берут происхождение, туда и гибель их идет по необходимости; ибо они платят друг другу взыскание и пени за свое бесчинство после установленного срока».

Однако заинтересовавшийся этим изречением М. Хайдеггер категорически утверждает, что в греческом первоисточнике текста Анаксимандра ни о каком платеже, ни о каких пенях ни в прямом, ни в переносном смысле речи не идет. И вообще, ни один из вариантов дословного перевода не устраивает М. Хайдеггера. Присоединяясь к высказанному в философской литературе мнению, что только вторая часть высказывания действительно принадлежит Анаксимандру, а первая — это уже слова Аристотеля, не очень правильно понявшего данное изречение, Хайдеггер, во-первых, полагает, что употребление слова «вещи» не схватывает точно того предмета, о котором говорит Анаксимандр. Речь, по его мнению, у Анаксимандра идет о сущем в целом, которому принадлежат и люди, и произведенные людьми вещи, установления и т.д. [2, 35–36]. Во-вторых, Хайдеггер считает необходимым вместо употребленных Аристотелем слов «происхождение» и «пропадание» применить выражения «вы-ступление из сокровенного» и «от-хождение в сокровенное» [2, 44], а затем дает свой вариант перевода первой части изречения: «Промедлительно присутствующее присутствует, поскольку оно медлит, медля про-ис-ходит и от-ходит» [2, 56].

Вторую часть высказывания Анаксимандра Хайдеггер также переводит по-своему: «...вдоль употребления: а именно, они придают чин и тем самым также угоду одно одному (в преодолении) бесчинства» [2, 67].

Итак, можно видеть, что как в традиционном, так и в хайдеггеровском переводах речь идет о некоем фундаментальном, системообразующем противоречивом отношении — отношении между беспредельным (апейроном), с одной стороны, и каждым определенным, отдельным проявлением сущего, с другой стороны. При этом данное противоречие осуществляется через отношение одного «отдельного» со многими «отдельными».

Но если в традиционных переводах изречения Анаксимандра акцент ставится на борьбе (штраф, пеня, несправедливость) как механизме возникновения и исчезновения, то в переводе М. Хайдеггера просматривается механизм согласования и гармонизации «отдельных» (придают «чин» и «угоду» друг другу) в некое сообщество, в систему. И всем хорошо известно, что оба эти способа соотношения вещей отнюдь не исключают один другого, а сосуществуют и взаимодействуют.

Зададим себе вопрос: почему древние и современные философы так заинтересовались рассмотренным выше фрагментом из, увы, потерянных для нас сочинений Анаксимандра? Наверное, потому, что в нем впервые была поднята важнейшая тема диалектики бытия и небытия, жизни и смерти людей и вещей.

Нам представляется, что наиболее близок Анаксимандру в способе решения этой темы Арнольд Дж. Тойнби. Он эту тему выражает в очень ёмкой формуле «Вызов-и-Ответ», считая, что именно в ней выражен источник возникновения, расцвета и гибели человеческих цивилизаций [3, 85, 119–120]. При этом совершенно очевидно, что в данной его формуле выражен не один лишь социальный, а универсальный закон бытия: ведь любая система, оказавшись под угрозой своему существованию воздействием (извне или изнутри), вынуждена как-то реагировать, в чем-то изменяться, в результате чего она либо находит достойный ответ на это дестабилизирующее воздействие, либо — нет. Достойный ответ приводит к упрочению ее существования и даже — к подъему на более высокий по своей организации уровень. Тогда как отсутствие такого эффективного ответа с неизбежностью приводит к тому, что данная система либо исчезает, либо теряет былую энергетику и самостоятельность.

Такая способность системы смягчать или гасить неблагоприятное и использовать благоприятное воздействие на нее извне — лежит и в истоке происхождения и функционирования мышления. В стремлении к достижению все более и более идеального единства с окружающей действительностью развивается все более и более идеальный, то есть адекватный и эффективный, способ отражения как неотъемлемого свойства всего сущего. Сверхзадача любой системы: так «вобрать», воспринять в себя окружающую среду, чтобы оказаться разумно устроенной, а значит, по Гегелю, — действительной.

Умение вещи вбирать в себя окружающий ее мир идеально и использовать это идеальное отражение для вполне материального отражения реальных угроз означает способность этой вещи какое-то — продолжительное или краткое — время существовать. И это правило универсально, то есть применимо как для мира живых, так и для мира неживых вещей. Следовательно, способность к отражению объединяет и вещи, и растения, и животных, и людей. И именно эта общность позволяет нам использовать, с учетом разъяснений М. Хайдеггера, термин «вещь» (по латыни — *res*) для обозначения любой относительно самостоятельной системы явлений.

Рассмотрим более подробно выраженную выше мысль, согласно которой отражение как универсальный атрибут бытия выражает себя через противоречивое единство материального и идеального. Внешне это противоречие предстаёт перед нами как противоречие между единичным и всеобщим, как противоречие между системой и средой ее обитания. Как можно видеть, об идеальном здесь пока речи нет. Но надо отдавать себе отчет в том, что это — всего лишь чувственно доступная, внешне являющаяся нам форма основного противоречия бытия. На самом деле, если с помощью разума суметь погрузиться к ее внутренней форме, то есть к ее сущности, то окажется, что это — противоречие между «эйдосом», «чтойностью», то есть специфической способностью (воз-

возможностью) вещи обладать своим особенным бытием в мире, и — воплощением, реализацией этой возможности. Иными словами, это и есть противоречие между материальным и идеальным.

Поясним сказанное на примере высшей из известных нам систем — социальной: человек по идее — это «*Homo sapiens*», человек разумный, но в настоящее время материальные условия способа его воспроизводства явно не способствуют воплощению этой идеи в действительность. В который раз противоречивое единство материального и идеального в человеке испытывается на прочность. Социальная система и ее «элементы» пребывают в сильнейшем напряжении и дискомфорте из-за всё возрастающего отчуждения их друг от друга. И перед мыслящими людьми возникает вопрос: а способна ли и на этот раз социальная система найти достойный ответ на этот исторический вызов. Ясно лишь одно — то, что решение данного противоречия должно заключаться в сотворении гармонии между человеком и обществом, человеком и природой. Но вот реального пути созидания такой гармонии большинство людей пока либо не знает, либо даже знать не желает, уповая на то, что проблема каким-то образом решится сама собой.

Итак, мы выяснили, что быть — это значит постоянно развиваться, постоянно приводить в состояние гармонии распатавшиеся, распадающиеся отношения между идеей вещи и её материей. И при этом еще приходится выдерживать жесткий отбор на выживание, ибо всеобщим условием бытия является сохранение его наилучших, наиболее жизнеспособных форм. Вечное движение становления, вечное обновление. Лучше видеть, лучше понимать, — это значит: лучше отражать угрозу своему бытию. Именно об этом говорится в известной пословице: «Предупрежден, значит, — вооружен».

Нам представляется, что эта закономерность относится и к миру в целом. По крайней мере, именно в том и состоит подобие космоса и микрокосмоса, что только эти два суперсубъекта обладают свойством вечного движения становления, вечного обновления.

Таким образом, атрибутивное, то есть неотъемлемое от Субстанции, соотношение материального и идеального — это соотношения материального и идеального как неотделимых друг от друга форм отражения, а, значит, и форм бытия в целом (*Sein*) и бытия человека (*Dasein*).

Развитие чаще всего понимают как восхождение от низшего к высшему, от простого — к сложному, как восхождение, сопровождающееся вечным изменением (улучшением) качества. Да, конечно, указанные моменты присущи процессу развития, но схватывается ли ими то главное, что характеризует этот процесс?

Идеальное в каждой вещи — это должное. Но если в начале возникновения этой вещи это должное проявляет себя лишь как различной степени реальности возможность, то в финале развития, в зрелом состоянии этой вещи — это высшая форма осуществления данной возможности, разумно устроенная действительность.

Причем идеальное, как реализовавшийся (победивший в соревновании) эйдос, парадоксальным, казалось бы, образом вдруг становится телесным,

а следовательно, — доступным органам человеческих чувств, и мы можем видеть идеальной красоты женщину, идеальную реакцию спортсмена, идеально обтекаемое тело рыб и морских млекопитающих. Однако парадокс здесь кажущийся: ведь развитию в любой вещи подвергается не только идеальное в вещи, но одновременно и ее материальное. Одно способствует (а может и препятствовать и тогда — поражение) развитию другого. Отсюда следует, что два значения идеального (идеальное как нематериальное и идеальное как высшая степень совершенства) вовсе не чужды друг другу, а всего лишь обозначают исходную и конечную точки развития одного и того же (причем, — любого) предмета.

Таким образом, развиваться — это, изменяясь, все более и более становиться самим собою. Наш рассудок (как неотъемлемый момент разума) всегда пристально всматривается в проявляющиеся в процессе развития черты развивающегося, но остающегося тождественным самому себе предмета. Эту конкретизацию нашего знания можно сравнить с тем, как проясняются для нашего зрения черты знакомого нам человека, когда он приближается к нам издалека, или же из темноты и тумана. Вот какую важную характеристику развития многие забывают: оно и есть «вечное возвращение того же самого» (то, о чем не успел сказать Заратустра), происходящее в форме видимого феномена пронизывающей всё и вся «воли к власти». У нас есть основание согласиться с М. Хайдеггером, который категорически настаивал на логической первичности у Ницше идеи вечного возврата по отношению к идее воли к власти [4, 111–113]. Это согласие означает, что первая из этих идей носит сущностный характер, а вторая — феноменальный. И наоборот, мы не можем согласиться с пониманием развития Ф. Энгельсом [5, 276], выразив наше несогласие в восклицании: есть, обязательно должно быть в вечном развитии и устойчивое, и святое, и абсолютное!

Творческое наследие П. Тейяра де Шардена дает нам возможность принципиально по-новому, более конкретно, включиться в эстафету идей Спинозы, Лейбница, Гегеля, Хайдеггера и других философов, стремившихся обосновать глубинную функциональную укорененность идеального в логике и истории Бытия. Можно видеть, что этот выдающийся французский ученый и философ продолжает и развивает идею Лейбница о том, что телесность всех вещей оказывается неразрывно соединенной с восприятием ими окружающего мира, в большинстве случаев напоминающим некое примитивное, как бы дремлющее, но постепенно пробуждающееся сознание. Только, в отличие от монадологии Лейбница, в учении Тейяра де Шардена эта идея тесно связана с идеей эволюции — направленного развития от «свернутого», потенциального сознания неживого вещества (литосфера) через все более усложняющуюся реактивность живого (биосфера) — к человеческому сознанию, движущемуся к сфере разума (ноосфера) [6].

Тейяр, к сожалению, только описал, но не объяснил феномен «ортогенеза сознания», который, с нашей точки зрения, является феноменом роста и созревания идеального в недрах процесса развития материальных «форм движения».

Говоря таким образом, мы предпринимаем попытку найти источник такого развития именно в самом диалектическом взаимодействии материального и идеального. При этом взаимные поиски ими соответствия друг другу и порождают те главные формы движения материи, которые Тейяр условно назвал «литосферой», «биосферой» и «феноменом человека» (становящейся «ноосферой»). Каждой из этих трех форм движения материи присущ свой особенный, специфический тип монады, или «души»: в «литосфере» это непосредственное, «не расщепленное», не дифференцированное еще сосуществование материального и идеального; в «биосфере» — это информационный способ их взаимодействия, в «социосфере» — это единство чувственно-предметной и мыслительной деятельности.

И вот теперь мы должны понять одну очень важную мысль: поиски источника развития всего сущего не могут быть самоцелью философского анализа. Главное — это понять цель развития. Что же это остается самим собой, приближаясь к нам из темноты и тумана прошедшей истории развития? И тут нам хотелось бы отдать должное интуиции Анри Бергсона, провозгласившего, что теория познания и теория жизни нераздельны. Сейчас, через столетие после появления трудов А.Бергсона, осмысливая творческое наследие его учеников, мы можем сказать: да, это, действительно так, ибо эволюция природы ведет к возникновению все более совершенных, разумных существ и их систем, а развитие человеческого познания, сопровождаемое, к сожалению, трагическими отступлениями и «завихрениями», тем не менее неуклонно стремится к тому, чтобы процесс познания базировался на разуме, на теоретическом стиле мышления.

Человек совершенствует свое сознание (идеальную форму своей деятельности) для того, чтобы сделать его диалектически тождественным, адекватным материальной форме своей деятельности. При этом важно понять, что сказанное отнюдь не означает, что сознание человека должно быть служанкой любой деятельности, например, — деятельности бездуховной или же преимущественно потребительской. Философы так называемого постмодернизма совершают великий грех, отказываясь от категории истины, заявляя, что знание производится лишь для того, чтобы быть проданным, употребленным для обретения стоимости в новом продукте и, будучи обмененным в форме информационного товара, получить свою конечную цель в усилении производительной мощи [7, 144]. Чьей мощи, зачем она нужна? Нет ответа! Но нет и серьезного опровержения мысли Аристотеля, согласно которой «...философия называется знанием об истине» [1, 94].

Или вот другой подобный пример: современные футурологи высчитали, что уже в 2045 году (точность-то какова!) человек изменится материально и станет бессмертным. Но, спрашивается, в чем же смысл этой метаморфозы? В чем состоит идеальная задача таких изменений? К сожалению, такие вопросы сейчас «немодны», и ответа на них от авторов этих предсказаний мы также не дождемся. Представители современного вульгарного материализма полагают, что материя обладает способностью к саморазвитию, и задача науки состоит

лишь в том, чтобы констатировать и регистрировать стихийно проявляющие себя тенденции такого саморазвития. Но материя не может существовать без идеи. Сущность любой системы, в том числе и нового человека — это единство материального и идеального в ней. Налицо отсутствие теоретического взгляда на мир, ибо господствует принцип: вижу вещи и их соотношение и делаю «эмпирическое обобщение». А человеку для понимания направленности своего развития нужна не эмпирия, а теория. Теория же невозможна без понимания объективного смысла, объективной идеи наблюдаемых вещей и событий.

Прав был М. Хайдеггер, говоря о том, что современный человек забывает о Бытии. А забывать о нем нельзя. Надо слушать, слышать и слушаться Логоса Бытия. С тем, чтобы следовать ему и служить ему.

М. Мамардашвили утверждал, что постулируемая Э.Фроммом тенденция бегства человека от свободы имеет своим внутренним основанием бегство его от подлинного и глубокого мышления [8]. Все беды у нас, в отличие от животных, производны от уровня нашего мышления. Уже Блез Паскаль говорил об этом, подчеркивая, что человек, этот «мыслящий тростник», должен помнить, что вся сила его в высоком качестве и достоинстве его мышления.

Любая вещь (неживая, живая и мыслящая) должна исполнять закон Анаксимандра: оказывать чин и угоду окружающей природной среде, а значит — другим вещам.

Каждый человек как вершина эволюции вещей должен свое бесчинство сменить на постоянное оказывание «чина и угоды» по отношению а) к другой вещи и миру в целом, б) к другой жизни и биосфере в целом, в) к другой мысли (коллектив, соборность, ноосфера). При этом человек должен соблюдать закон единства материального и идеального во всех своих информационных отношениях. И в том числе — разобраться с культурой с точки зрения совершенства, «работоспособности» ее как информационной системы. Задача здесь в том, чтобы развивать способность человека подключаться к миру информации, осваивать ее и использовать для общего блага.

Все это и означает: соответствовать миру в котором мы живем, соответствовать Логосу. Для верующего человека сказанное приобретает форму заповеди: любить Бога и исполнять Его Волю. И это лишний раз свидетельствует о том, что философия и религия во многом учат человека одному и тому же, хотя каждая — по-своему.

Та закономерность, которую пытался обосновать А. Бергсон, ряд выдающихся слушателей его семинаров, состоявшихся в Сорбонне в 20-х годах прошлого столетия, воплотили в учение о ноосфере. Это были Э. Леруа, Тейяр де Шарден и В. И. Вернадский. Каждый из них, по-своему, но развивает одну и ту же идею: настоящее детерминируется будущим, а конкретно это звучит так — понимание развития как случайностного процесса — это дезориентирующее людей заблуждение. У человечества есть научно-обоснованная цель развития: это ноосфера, как высшая форма единства материального и идеального.

Призванием Человека как бытия (Dasein) заключается в его постоянном развитии. А это значит, что развиваться — это не только привилегия, право чело-

века, но и его Долг. Сущность человека свобода. Это значит, что в отличие от животных он сам проектирует свою жизнь. Однако, К.Маркс был прав, когда говорил о том, что вся прошедшая жизнь человека — это еще не история, а предыстория. Человек, планируя в мелочах, в целом развивается стихийно, хаотично, создавая войны, катастрофы, экономические кризисы.

Неужели нам не достаточно того, что нас окружают природные стихийные катаклизмы?! Неужели мы должны смириться с тем, что «финансовые пузыри» и прочие подобные «цунами» будут продолжать возникать в сфере деятельности человека?

Ноосфера — это не что-то заумное и, следовательно, непонятное. Ноосфера — это не что иное, как разумно устроенная сфера жизни и деятельности разумных людей. Это — система разумно-рационального управления отношениями между людьми и отношениями людей с природой.

Разумность не может существовать без планирования, теоретичность — без обоснованного предвидения. Навязываемый людям со стороны многих современных идеологов вывод о том, что социализм — это утопическая и даже преступная затея, что попыток создания социализма отныне и вовек быть не должно, — несостоятелен, ибо он фактически призывает отменить теорию и довольствоваться эмпиризмом, отменить порядок и увековечить хаос. Но хаос и стихийность — это явно не сфера бытия истинного Homo sapiens. Разве можно уповать на стихийное возникновение согласия между лебедем, раком и щучкой, тянущим воз судьбоносных проблем человечества в разные стороны?

Да, мы должны признать, что эксперимент по созданию социализма был преждевременным и поэтому обреченным на неудачу, а метод его проведения и результат его во многом дискредитировали саму идею социализма. Не будем забывать и о том, что «экспериментаторам» серьезно мешали консервативные силы, заинтересованные в провале данного эксперимента.

Однако, как известно, время лечит и — не только забвением, но и новыми надеждами, основанными на радикальном изменении условий, некогда приведших к трагическим неудачам. Планирование — это единственно возможный способ реагирования на возникшее противоречие между любой бизнесберегающей идеей и материальными средствами ее реализации.

В чем же заключаются те новые условия, которые из неуклюжего и формального планирования, столь характерного для «старого социализма», способны создать для «нового социализма» планирование гибкое, содержательное, своевременно реагирующее на любое серьезное изменение в жизни общества? Во-первых, в появлении новейшей вычислительной и информационной техники [9]. Автор данной статьи думает, что в создании такой техники и состоит одно из важнейших исторических «призваний» капиталистического способа производства.

Во-вторых, — в появлении возможности осуществления мечты Платона о создании управляющей государственными делами элиты из высоко образованных, опытных, высоконравственных, преданных своему делу людей. Показательно, что и эта кадровая революция может совершиться только на той же

основе, что и процесс создания высококачественного планирования — на основе того, что уже имеется и продолжает совершенствоваться новейшая техника, обеспечивающая сущностное условие демократии: справедливые, прозрачные выборы руководящей элиты. И здесь ничего удивительного нет: именно новейшая техника — это и есть возможность долгожданного материального обеспечения идеи научного планирования важнейших сторон материального и духовного развития человека, а также — руководства как разумного регулирования отношений между людьми и между людьми и биосферой.

По глубокому убеждению автора статьи, — это и будет первым шагом перехода человечества в ноосферу — сферу разумного управления социумом со стороны разумно мыслящих людей.

### Литература

1. Аристотель. Сочинения. В 4 т. Т. 1 / Аристотель. — М.: Мысль, 1976. — 550 с.
2. Хайдеггер М. Изречение Анаксимандра. Разговор на проселочной дороге / Мартин Хайдеггер. — М., 1991.
3. Тойнби А. Дж. Постигание истории / А. Дж. Тойнби. — М.: Прогресс, 1991. — 736 с.
4. Хайдеггер М. Ницше. В 2 т. Т. 1 / М. Хайдеггер. — СПб.: Владимир Даль, 2006.
5. Энгельс Ф. Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии // Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — Изд. 2-е. — Т. 21.
6. Тейяр де Шарден П. Феномен человека / Пьер Тейяр де Шарден. — М.: Наука, 1987. — 240 с.
7. Марков Б. В. Философия: учеб. для вузов / Б. В. Марков. — СПб.: Питер, 2011. — 432 с.
8. Мамардашвили М. Лекции по античной философии / Мераб Мамардашвили М. — М.: Аграф, 2002 — 320 с.
9. Вассерман А. Новый социализм неизбежен [Электронный ресурс] / Анатолий Вассерман. — Режим доступа: [http://aglob.info/articles.php?article\\_id=2929](http://aglob.info/articles.php?article_id=2929).

### Аннотация

**Ивакин А. А.** Быть — это значит, постоянно изменяясь, все более становиться самим собою. — Статья.

Статья посвящена философскому доказательству того, что единство устойчивости и постоянного развития Мира в целом и каждой отдельной системы имеет своей причиной противоречивое единство материального и идеального. Целью же такого развития, обеспечивающего бытие Мира, является высшая форма единства материального и идеального — ноосфера, первой стадией которой может быть только «новый социализм» как разумное управление обществом разумными людьми.

**Ключевые слова:** философия, бытие, развитие, противоречие, материальное, идеальное, ноосфера, разум, социализм.

### Анотація

**Івакін О. А.** Бути — це означає, постійно змінюючись, все більше поставати самим собою. — Стаття.

Статтю присвячено філософському доведенню того, що єдність сталості і постійного розвитку Світу в цілому і кожної його окремої системи має своєю причиною суперечливу єдність матеріального й ідеального. Метою ж такого розвитку, який забезпечує буття Світу, є вища форма єдності матеріального й ідеального — ноосфера, першою стадією якої може бути лише «новий соціалізм» як розумне управління суспільством з боку розумних людей.

**Ключові слова:** філософія, буття, розвиток, протиріччя, матеріальне, ідеальне, ноосфера, розум, соціалізм.

### Summary

*Ivakin A. A.* To be — it means, constantly changing, to become more and more itself. — Article.

The article is devoted to philosophical proof of the fact that the unity of stability and continuous development of the World as a whole, and of each particular system of it has its reason in the contradictory unity of material and ideal. The purpose of this development which provides the existence of the World is the highest form of unity of material and ideal — the noosphere, the first stage of which may be only the «new socialism» as the rational management of society by reasonable people.

*Keywords:* philosophy, being, development, contradiction, material, ideal, noosphere, mind, socialism.

УДК 3.34.340

С. С. Кравченко

### НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ ЗАКОНУ І ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ДІЯЛЬНОСТІ СУДДІ У ФІЛОСОФІЇ ПРАВОВОГО ПРАГМАТИЗМУ

До 1980 року з'явилася ціла плеяда теоретиків і практиків (серед них Р. М. Ангер, Д. Белл, М. Дж. Хорвіц, Д. Кеннеді, Р. Делгадо, М. Ташнет, А. Альтман) і велика література, що висвітлює ідеї руху критики правових досліджень (далі — КПД). Теоретичні філософські й правові проблеми, які розроблялися в рамках цього руху, включали дискусії про:

- а) співвідношення закону і політики;
- в) невизначеність і двозначність змісту текстів закону;
- с) закон, як інструмент, який виражає волю владних і фінансових структур;
- д) семантичну структуру закону — концептуальної і соціальної значимості бінарних опозицій і їхньої ролі в зміцненні ієрархічного, гендерного, расового і класового розшарування суспільства.

У сучасній Україні здійснюється ряд реформ, зокрема і судова. З огляду на це, вивчення теоретичного досвіду у сфері невизначеності закону і теоретичних основ діяльності судді у філософії правового прагматизму є актуальним.

Метою даного дослідження є вивчення теоретичних основ діяльності судді, а також проблем невизначеності закону у працях відомих філософів прагматизму та надання відповідних висновків щодо можливості використання їх напрацювань при реформуванні української судової системи.

Питань теоретичних основ діяльності судді у філософії правового прагматизму торкалось у своїх працях багато відомих українських та зарубіжних вчених, зокрема Р. Ангел, Г. Вдовина, Дж. Вільям, Т. Розова, М. Ташнет, М. Хорвіц та інші. Доволі цікавою у цій сфері є праця Т. Розової «Громадянське суспільство: історія та сучасність», у якій аналізується процес становлення громадянського суспільства в Америці та країнах Західної Європи, а також погляди філософів-прагматистів на місце судді у правовій системі.

Одна з головних ідей, що характеризують рух КПД, складається у твердженні, що закон і політика неподільні, інакше кажучи, закон є політикою і,

навпаки, політика є законом. Глибоко переконані в нерозривному зв'язку закону і політики, засновники КПД виявили відсутність якого-небудь концептуально обґрунтованого теоретичного висловлення на цю тему. Ґрунтуючись на своєму уявленні про те, що закон є вираженням або демократичним вибором, або результатом безстороннього правового міркування, заснованого на нейтральних принципах, вони були уражені тим, наскільки різко закон стає на захисті сильних світу цього. При існуючому положенні речей вони думали, що закон не може бути інструментом соціальних змін, оскільки він є похідним продуктом інтересів істеблішменту. Із цієї позиції вони критикували ліберальну теорію, в якій закон традиційно розглядається як об'єктивний, раціональний процес прийняття рішень, а політика розуміється як область неточних, часто ірраціональних думок і конкуруючих інтересів. Відстоюючи свою тезу про нерозривний зв'язок закону і політики, члени КПД підкреслювали значення ідеології в створенні і застосуванні закону. Відповідно до теорії КПД закон є функцією домінуючих ідеологічних принципів і політичних поглядів. Тенденції і напрямки законодавчої діяльності виробляються в процесі політичних дебатів. Правова аргументація є не стільки оплотом об'єктивного раціоналізму, скільки тендітною структурою, повною суперечливих і довільних категорій і класифікацій, які постійно переосмислюються і переробляються відповідно до мінливих політичних реалій. Із цього погляду закон з'являється як складна, ретельно розроблена політична ідеологія, що існує, як і всі інші ідеології, для підтримки інтересів партії або класу, що її створив. У ліберальних демократіях закон з необхідністю відображає ідеологічну боротьбу між соціальними групами, в якій конкуруючі поняття справедливості, шляхетності, гармонії соціального і політичного життя компрометуються, випорожнюються і адаптуються [6, 221]. У філософії КПД закон визнається інструментом гноблення, за допомогою якого багаті і влада прикривають несправедливість маскою законності і використовують приписи закону для збереження свого місця в соціальній ієрархії. Правова система, згідно з КПД, підтримує стан статус-кво, зберігаючи встановлені владні відносини в суспільстві. КПД не заперечує існування логіки і структури в законодавчій системі, але стверджує, що вони створені необ'єктивно, цілеспрямовано з позиції правлячого класу, а інтерпретація їхнього значення виходить із політичних і владних інтересів можливо-владців. На підставі цих тверджень аргументується висновок про те, що у здійсненні правової законності не існує ні правової об'єктивності, ні політичної нейтральності, ні гуманістичної толерантності, що позбавляє юридичну професію її приблизно безсторонньої ролі в суспільстві. На доказ цієї тези А. Хатчінсон порівнює суддю з вирядженим імператором, що вершить правосуддя в інтересах «багатої, білої чоловічої влади». Своїм завданням КПД бачили розвінчання і деміфологізацію правової системи для того, щоб «зняти покрив таємниці і побожного жаху», які оточують здійснення судової діяльності.

Неминучим результатом ідеологічної боротьби у соціально несправедливому суспільстві є глибокі невідповідності, що пронизують найглибших верств правових понять. Ці всепроникаючі невідповідності служать причиною ради-

кальної, глобальної невизначеності закону в тому розумінні, що у всьому корпусі наявних правових матеріалів рідко можна знайти способи, що дають можливість одержання однозначних результатів, що впливають із логіко-причинних підстав. Внаслідок такої невизначеності застосування стандартних правових аргументів стає довільним, а закон перетворюється в інструмент, за допомогою якого створюються передумови і можливості для того, щоб зробити різко протилежні висновки по тій самій конкретній справі. Ці висновки в кожному разі будуть ґрунтуватися скоріше на соціальному контексті, ніж на якій-небудь широко застосовуваній схемі правової аргументації. Законність, приписувана правовій аргументації, внаслідок цього є поверхневою, неясною, суперечливою, підданою маніпуляціям і не здатною забезпечити надійних підстав для однозначного судового рішення. Критика ліберальної традиції в міркуваннях КПД була спрямована саме на протиріччя між визнанням передбачуваної ясності, строгості і логічної послідовності закону, з одного боку, і невизначеністю його змісту, з іншої. Існуюча радикальна невизначеність закону несумісна з ліберальним розумінням законності, тому що внаслідок відсутності однозначних підстав суддя може прийняти, виправдати і пояснити кілька конфліктуючих рішень. Доводячи відкритість правових джерел для численних інтерпретацій, КПД використовували теорію деконструкції Ж. Дерріди, який запропонував теорію і техніку дослідження фундаментальної невизначеності значення вербальних одиниць природної мови.

Відповідно до загальної політичної позиції теоретиків і практиків КПД їхня філософія містила критику встановлених правових і політичних порядків. Головним об'єктом аналізу була правова традиція лібералізму, як домінуючої політичної ідеології, що визначає роль і функції структур державної влади. У традиційно ліберальному розумінні повноваження і компетенція судді складаються у виборі і застосуванні, а не створенні закону. Ця лінія трактування ролі судді сходить до філософії батьків-засновників і часу прийняття Конституції США. З тих пір структура державної адміністрації ґрунтується на чіткому розмежуванні функцій органів влади. Законодавча, законотворча функція повинна належати всенародно обраним законодавцям, які на противагу призначуванню суддям, будучи вибраними представниками електорату, несуть відповідальність перед своїми виборцями. У реальності, згідно з КПД, у світлі радикальної невизначеності закону суддям, як це відзначали ще правові реалісти, доводиться практично повсюдно, виносячи судові рішення, створювати нові закони. Члени КПД розглядали це положення як одне з основних протиріччя лібералізму, несумісного з ліберальною концепцією повноважень легітимних джерел закону. Прихильники КПД бачили безліч недоліків у ліберально правовій теорії і практиці. Головна теза лібералізму — об'єктивність і неупередженість судових рішень — на думку КПД була порожнім звуком. Не існує правової неупередженості, як не існує політичної нейтральності або філософської об'єктивності. У своїх виступах і публікаціях прихильники КПД доводили [4, 281], що незацікавленість і об'єктивність суддів у суспільстві є міфом. Доказ цьому вони бачили у невизначеності принципових основ законодавства,

через якого судді часто зіштовхуються з нерозв'язними ситуаціями і виносять рішення по справах на свій страх і ризик, створюючи нові правові прецеденти.

Критика КПД зачіпала також і принципи сприйняття реальності, на яких ґрунтується лібералізм. Вістря критики було спрямовано на принцип дуалізму, що лежить в основі категоріальної дихотомії — суб'єктивний/об'єктивний; чоловічий/жіночий; суспільний/приватний; особистий/чужий, інший; білий/кольоровий; індивідуальний/загальний, колективний; і одержав у фразеології КПД назву «парні опозиції». Такі опозиції є не тільки простим і нейтральним способом поділу миру. Семантична наповненість і структура цих антиномій несе у собі конотативне навантаження і певний ступінь преференцій по одному з її елементів, як правило першому, котрий по своєму положенню є головним. Як у психологічному, так і в соціальному вимірі подібні антиномії створюють для судді певні обмеження. Закон ґрунтується на цих і на багатьох інших бінарних опозиціях, сприяючи розвитку і підтримуючи нелегітимні соціальні ієрархії. Важливим негативним результатом такої практики є домінування чоловіків над жінками, білих над небілими, багатих над бідними. Відповідно до думки КПД така подвійність веде до наростання напруженості в суспільстві і створює ідеологію, вигідну правлячому класу. Зовні нейтральний характер вербального вираження правових текстів і інститутів, що оперують через правові органи, маскує відносини влади і контролю. Акцент закону на індивідуалізм точно так само приховує моделі владних відносин, що утрудняє створення атмосфери і почуття спільності і взаємозв'язку в суспільстві. КПД заперечує індивідуалізм, що визнається одним з головних пріоритетів лібералізму, і призиває знову повернутися до колективних, а не індивідуальних цінностей. У правовій філософії КПД відображалася криза індивідуалізму, що спостерігався в американському суспільстві, що вилилося в рух хіпі, роз'єднання родин і розрив поколінь.

Загальна мета КПД полягала в тому, щоб зняти перешкоди і заборони, наві'язані людині несправедливою соціальною, майновою, гендерною і класовою ієрархією, і створити умови для повного і вільного вираження її внутрішнього інтелектуального і креативного потенціалу. КПД пропагував «креативну негативність» або «креативне дисидентство», припускаючи, що в такий спосіб можна виявити критичні риси, що порушують гармонію соціального порядку, чітко видимі і уразливі для дискусій і ревізії. Така практика, вони думали, висвітлить невідповідність між діючими соціальними нормами і реальністю, створеною існуючим соціальним порядком і новими національними інтересами. Спільно суспільство зможе створити нову форму демократії — супердемократію. У такому суспільстві всі соціальні рішення будуть політичними рішеннями в тому розумінні, що вони будуть прийматися у відкритому всенародному обговоренні, у процесі деліберативного дискурсу, а не пропонуватися суддями під маскою політичної нейтральності. Визнаний інтелектуальний лідер КПД Р. М. Ангер представляв супердемократію як суперправову державу, в якій модифікація форм і політики соціальних інститутів викличе інноваційні позитивні зміни в інституціональних ієрархіях, які продукують нерівність.

Найбільш істотною і прямою спадщиною діяльності КПД є ідея про невизначеність [5, 117] закону. Ця ідея не була винаходом КПД. Аргумент невизначеності був спочатку порушений правовими реалістами як протест і критика правового формалізму XIX і початку XX ст. Протягом так званої ери «класичної правової свідомості» прийняття судових рішень розглядалося як науковий дедуктивний процес. Суддя об'єктивно приймав рішення, логічним шляхом знаходячи необхідний закон у певному зібранні правових норм і виносячи єдино можливий вердикт. Відповідно до правової теорії, що домінувала, процесуальне аргументування за допомогою міркувань і силогізмів повинне було приводитися на підставі правил і прецедентів, релевантних для фактів справи, точно приводячи, як логічно, так і історично, до ясного рішення. Кожний правовий акт, результатом якого було правове судження, повинен обґрунтовуватися і виводитися безпосередньо із чистої дедукції. Схема аргументування включала позначення правила, застосовного до певних фактів, верифікацію ідентичності або подоби фактів розглянутої справи фактам, позначеним у даному правилі, і доказу, що застосування саме цього правила є логічною необхідністю. Старий силогізм — всі люди смертні, Сократ людина, тому він смертний — визначає точну форму судового аргументування. Вона бездоганно визначає існуюче право закону — будь-яка людина, що по попередньому злому намірі у мирних умовах робить убивство, є вбивцею. Обвинувачуваний у мирних умовах убив людину за попереднім злим наміром, тому обвинувачуваний винний в убивстві. Функція судді полягала у тому, що аналітичним шляхом визначити релевантне правило або аналогічний прецедент і застосувати його/їх як перша посилка. Як тільки він це зробить, суддя може виносити рішення впевнено і однозначно.

Як правові реалісти, так і КПД надавали великого значення аргументу невизначеності, але ставили при цьому різні акценти. Метою КПД при звертанні до аргументу невизначеності було продемонструвати формалістичний образ судді, що не інтерпретує і не створює закон, але вибирає його безобразно. Роль судді складається не у створенні закону, його завдання укладається просто у застосуванні закону, прийнятого законодавчою владою або прописаному у звичаєвому праві. Таким чином, роль і функція судді неправомірно спрощується і зводиться до простої механічної дії. Реалісти ввели аргумент невизначеності для того, щоб продемонструвати, що застосування принципу дедуктивного міркування не визначало і не могло однозначно визначити результати тих або інших судових слухань, тому що судові рішення неможливо вивести із закритої правової системи. Ці положення мали глибокі наслідки, як у теоретичному, так і практичному плані. З погляду практики судового процесу реалісти думали, що адвокати зможуть значно більш успішно передбачати результати слухань справи і давати більш правильні поради своїм клієнтам щодо лінії поведінки, вивчивши соціальні фактори, що впливають на поведінку судді, ніж силогізми, які він пропонує як пояснення і підтримку свого рішення. Для правової теорії, вони вважали, необхідно переорієнтувати вивчення і розвиток юриспруденції з логічних відносин у рам-

ках абстрактних правил закону на реальні, значимі наслідки впливу і зміни, які прийняття правових рішень робить на суспільство.

Розвиваючи ці ідеї у своїх міркуваннях, КПД засновували аргумент невідзначеності на двох положеннях:

(а) чинний закон, включаючи і конституцію, містить істотні пробіли, конфлікти і неясності, які не є аномаліями або виключеннями, але, навпаки, широко присутні навіть у найпростіших судових колізіях. Правові принципи і доктрини пронизані протиріччями, в тому сенсі, що суддя завжди має можливість вибору між конкуруючими правилами, застосування кожного з яких веде до протилежних результатів. Два різні правила можуть бути притягнуті для рішення одного і того конфлікту. Наприклад, власник, що використовує для продажу істотну кількість води з колодязя на своїй ділянці, що порушує водний баланс на сусідній ділянці, має повне право брати стільки води зі своєї ділянки, скільки йому необхідно. У той же час його сусід має право, на підставі того, що на його територію вода не надходить у потрібному обсязі, зажадати припинити нерозумну витрату води на сусідній ділянці. Яке із цих правил повинне спрацювати? Як визначити розумне користування водою і землею?

(в) невизначеність є результатом специфічних типів структур, які пронизують закон. Наприклад, існує невеликий, легко обумовлений набір аргументів і контраргументів, які неодноразово застосовуються в постановках і правових думках. Як тесля з обмеженим набором інструментів або співак з обмеженим репертуаром постійно звертається до тих самих засобів, адвокат або суддя знову і знову використовує аргументи про права і справедливість, соціальну користь, ефективність, легкість, або труднощі застосування даного правила або стандарту, про компетенцію або неправомочність законодавчих або судових органів. Позивач може виразити протест відносно поведінки відповідача, що, на його думку, порушує його право на захист, і зажадати судового втручання для того, щоб запобігти збитку. У відповідь відповідач об'єднає захист, заснований на його праві на свободу дій, із протестом проти судової ініціативи в області, що не має відносин до закону або вихідної за межі судової компетенції. Такі маніпуляції можуть тривати в різних комбінаціях як при слуханні даної, так інших справ. Суддя завжди має можливість інтерпретувати компетенцію правила і значення фактів таким чином, щоб одержати різні або конфліктуючі результати, тому що закон виражений такою неясною мовою, що його суть можна трактувати так широко або так вузько, як необхідно для ухвалення потрібного рішення. Здатність і можливість вибору серед передбачуваних аргументів і головних доказів є яскравою характеристикою невизначеності закону.

Суддя має повну волю оцінювати факти розглянутої справи і особисто вирішувати, які з них релевантні, а які можна не враховувати або оцінювати інакше. Невизначеність закону приводить до того, що рішення по будь-якій справі скоріше залежить від соціального контексту, в якому справа розбирається, ніж від правил правового аргументування. Аргумент невизначеності показує, що формалістичний образ судді, що не створює закони, але неупере-

джено вибирає і застосовує існуючі закони, є міфом. Цей аргумент має на увазі, що правила закону не можуть обмежити суддю у виборі стратегії аргументування, оскільки саме він вирішує, яке правило вибрати і як його застосувати. Його вибір з необхідністю диктується його розумінням того, що добре і правильно, а його рішення свідомо або неусвідомлено визначається його ціннісними орієнтирами.

Отже, ідеалізований образ судді як «механічного устрою для застосування закону» [7, 505] і закону як аполітичного інструмента, є фундаментально і неминуче негативним внаслідок самої природи правового дискурсу через його зв'язок з людським досвідом і взаємодією.

### Література

1. Вдовина Г. А. Проблеми природних прав людини в американській правовій думці XX ст. // Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2000. — Вип. 6. — С. 3–10.
2. Вдовина Г. А. Повітні англо-американські теорії природного права та їх обґрунтування // Часопис Київського університету права. — 2001. — № 1. — С. 9–16.
3. Вільям Джеймс. Прагматизм / Вільям Джеймс ; укр. пер. П. Пасади. — К. : Альтернативи, 2000. — 142 с.
4. Carleton W. G. An Atlantic Curtain // The American Scholar. — 1953. — Vol. XXII, N 3. P. 295–317.
5. Brinton C. The Shaping of Modern Mind / C. Brinton. — N-Y. : New American Library, 1953. — 286 p.
6. Riesman D. Individualism Reconsidered / D. Riesman. — Glencoe, Ill. : Free Press, 1954. — 351 p.
7. Winetroun K. F. C. S. Schiller and the Dimensions of Pragmatism / K. Winetroun. — Ohio State UP, 1967. — 170 p.

### Анотація

**Кравченко С. С.** Невизначеність закону і теоретичні основи діяльності судді у філософії правового прагматизму. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду теоретичних основ діяльності судді у контексті філософських поглядів прагматистів. Автор статті робить висновки, що ідеалізований образ судді може бути негативним в залежності від природи правового дискурсу.

**Ключові слова:** закон, органи влади, правовий прагматизм, правові дослідження, правові проблеми, суддя.

### Аннотация

**Кравченко С. С.** Неопределенность закона и теоретические основы деятельности судьи в философии правового прагматизма. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению теоретических основ деятельности судьи в контексте философских взглядов прагматистов. Автор статьи строит заключение, что идеализированный образ судьи может быть отрицательным в зависимости от природы правового дискурса.

**Ключевые слова:** закон, органы власти, правовой прагматизм, правовые исследования, правовые проблемы, судья.

### Summary

**Kravchenko S. S.** Vagueness of act and theoretical basis of judge activity in legal pragmatism philosophy. — Article.

The article is devoted to theoretical basis of judge activity in legal pragmatism philosophy. Author considers: judge idealizing appearance can be negative depend from legal diskurs nature.

**Keywords:** act, judge, legal pragmatis, legal problems, legal reserch, power organs.

### ВИПЕРЕДЖАЛЬНЕ ВІДОБРАЖЕННЯ ЯК ФІЛОСОФСЬКО-ТЕОРЕТИЧНЕ ПІДґРУНТЯ ВИБОРЧОЇ ІНЖЕНЕРІЇ

Людина, соціальні спільноти, суспільство здатні виступати в якості активного діяча, творця соціальної реальності і своєю діяльністю впливати на соціальні системи та їх елементи. Ця активність має прояв у відтворенні, оновленні суспільних відносин, у цілеспрямованому переструктуруванні, перетворенні соціальних інститутів. Визнання за людиною права активно впливати на соціальне оточення складає філософсько-теоретичну основу соціоінженерного наукового напрямку.

Виникнення соціоінженерного наукового підходу є результатом взаємодії, взаємопроникнення різних наук. Така інтеграція являє собою одну з актуальних тенденцій сучасного розвитку наукової сфери у цілому. Досвід свідчить, що саме в прикордонних зонах на стику різних наукових підходів, де виникають нові напрямки, можуть бути знайдені нові ідеї, отримані нові висновки та результати, які мають важливе практичне значення.

Інженерний підхід, що є природним для техніко-виробничої сфери, виходить за межі традиційної схеми «наука — інженерія — виробництво» і застосовується до різноманітніших видів соціальної практики, де класична інженерна установка перестає діяти. Все це веде до зміни змісту інженерії, яка розширює вузькі рамки технічної діяльності, за рахунок розповсюдження свого, пристосованого до нових умов, методологічного інструментарію та понятійного апарату на політико-правові процеси, зокрема вибори.

В сучасних умовах, що характеризуються прискоренням темпів соціального розвитку, політико-правові явища та процеси надто складні для того, щоб в їхньому дослідженні обмежитися лише юридичними методологічними підходами. Виборчі відносини відрізняються надзвичайним різноманіттям, інтенсивністю виникнення, динамічністю, що обумовлює складність їх пізнання та прогнозування виключно в межах юридичного методологічного та понятійного арсеналу. Завдання їх всебічного дослідження може бути успішно вирішене лише шляхом методологічного міждисциплінарного запозичення, придатного для організації міждисциплінарних політико-правових досліджень [1]. Мова йде про впровадження «неюридичних» методів у конституційно-правову площину. Прикладом такого міждисциплінарного методологічного запозичення, здійснюваного конституційним правом для відображення нових граней конституційно-правової дійсності, є соціоінженерний підхід, який, будучи застосований до виборчої сфери, набуває нового предметного наповнення та проявляється у виборчій інженерії.

Виборча інженерія, як законодавче проектування виборчої системи та виборчого процесу з метою отримання заданого політико-правового результату, здатна інтенсивно перетворювати, направляти розвиток відповідних виборчих

відносин у найбільш сприятливе для суспільства русло. Вона має властивість сприяти зародженню, викликати, підштовхувати ті виборчі відносини, до яких законодавець свідомо прагне, або, навпаки, гальмувати, запобігати розвитку небажаних. Виборча інженерія ніби-то «забігає вперед» при визначенні напрямку регулювання виборчих відносин та являє собою процес, у якому досвід минулого та сьогодення проектується на майбутнє. Без певної частки передбачення виборча інженерія взагалі немислима і таке передбачення не можна обмежувати лише споглядальним відображенням реальності, пасивним пристосовуванням. Виборча інженерія суть не що інше, як випереджальне відображення політико-правової дійсності. Тільки випереджаючи конституційно-правове буття вона може здійснювати активний вплив на політико-правові процеси, бути засобом свідомого, прогнозованого управління.

Аналіз останніх наукових досліджень свідчить про наявність інтересу представників різних наук до соціоінженерного підходу, звертають увагу праці: В. І. Курбатова, О. В. Курбатової, В. А. Лукова, О. В. Юсупова, К. Поппера, К. Рихтаржика, Дж. Сарторі, Н. Стефанова, Ф.-А. Хайека. Тематика випереджального відображення в праві розглядалася в межах загальнотеоретичних досліджень: Д. А. Керімова, М. І. Козюбри, М. П. Орзіха, П. М. Рабіновича та ін., а також при аналізі прогнозування в політико-правовій сфері в працях: І. В. Бестужев-Лади, Д. І. Видріни, В. П. Горбатенка та інших.

Мета даної статті полягає у дослідженні особливостей застосування соціоінженерного підходу до виборів у межах міждисциплінарного наукового напрямку «виборча інженерія», а також у висвітленні випереджального відображення як філософського підґрунтя законодавчого проектування виборчої системи та виборчого процесу.

Діалектичний зв'язок між минулим, сьогоденням та майбутнім, а також відносна стабільність, повторюваність та спадкоємність соціальних процесів є об'єктивною передумовою прогностичного (випереджального) відображення [2, 145]. Всебічно вивчаючи та враховуючи досвід минулого, можна своєчасно зрозуміти значення нових процесів сьогодення, визначити перспективи суспільного розвитку. Завдяки випереджальному відображенню виборча інженерія має можливість враховувати з високим ступенем імовірності віддалені наслідки правового регулювання, інакше кажучи, для неї відкривається можливість передбачення і прогностичних оцінок характеру правового впливу на майбутні виборчі відносини.

В умовах ускладнення виборчих явищ та процесів ефективно законодавче проектування може бути забезпечено лише в тому випадку, якщо зміст виборчих технологій буде ґрунтуватися на пізнанні, яке виходить за межі зовнішніх, доступних простому спогляданню зв'язків, таким що розкриває об'єктивні закономірності і тенденції їх розвитку, а це можливо лише на шляху поєднання законодавчого проектування та науки. Вплив науки на виборчу інженерію проявляється у тому, що вона дає обґрунтування цінностям та ідеалам, сприяє формуванню їх змісту, забезпечує реальну свободу вибору цілей, шляхів та засобів їх досягнення, дає можливість повно та всебічно передбачати та врахо-

увати можливі наслідки дії правових приписів. Тільки спираючись на науку, можливо забезпечити свідоме, цілеспрямоване законодавче проектування політико-правової сфери. Важливо не тільки знати технології організації та проведення виборів, які добре зарекомендували себе, але й розуміти глибинні причини їх результативності або невдачі. Таке розуміння стає можливим лише у тому випадку, якщо ініціатори законодавчого проектування володіють необхідними теоретичними знаннями, здатні адекватно оцінити ситуацію, виявляти тенденції розвитку, визначити мотивацію людей, вплив на яку може привести до зміни їхньої поведінки в потрібному для ініціаторів напрямку. Науковий підхід до законодавчого проектування виборчої системи та виборчого процесу дозволяє не тільки правильно визначити їх завдання, але і намітити науково обґрунтовані цілі, а також шляхи та засоби, необхідні для перекладу наукових абстракцій у реальну дійсність.

Однією з важливих умов ефективності виборчої інженерії є наявність максимально повної та об'єктивної інформації про регульований об'єкт. Об'єктивна інформація визначає чіткість, наукову обґрунтованість законодавства та успіх його реалізації. Вихідний матеріал, що використовується в межах законодавчого проектування, має відповідати вимогам повноти, актуальності, точності.

Проникнення в сутність виборів, виявлення, вивчення та вміле використання об'єктивних закономірностей їх розвитку, з урахуванням специфіки прояву в конкретних умовах, дає необхідну основу випереджальному відображенню. Виборче законодавство має закріпити об'єктивну політико-правову дійсність у найбільш адекватній сучасному моменту формі. Однак використання об'єктивних закономірностей в юридичному акті може бути багатоваріантним. В процесі законодавчого проектування необхідно обрати саме той варіант використання певної закономірності, який був би максимально раціональним з точки зору завдань правового регулювання виборчих відносин. Не слід забувати, що і самі завдання правового регулювання можуть бути уточнені на підставі зміни внутрішніх та зовнішніх умов, а у зв'язку з чим раніше обраний варіант використання об'єктивної закономірності буде замінений іншим більш оптимальним та доцільним [3, 12].

Прикладом використання в межах виборчої інженерії закономірностей функціонування політико-правової сфери є законодавче проектування виборчої системи як процедури розподілу місць у представницькому органі в залежності від перемінних показників (зміст голосу, величина округу, правило переведу отриманих голосів у мандати, голосування за конкретного кандидата або партію (список кандидатів)). Так, зокрема, французьким соціологом М. Дюверже встановлені залежності типу партійної системи від виборчої, які зводяться ним до трьох правил (законів): 1) запровадження мажоритарної системи відносної більшості призводить до встановлення двопартійності; 2) мажоритарна система абсолютної більшості сприяє розвитку декількох потужних партій-центру; 3) запровадження пропорційної системи призводить до встановлення багатопартійності [4, 148]. З урахуванням виявлених закономірностей

законотворець, при обранні того чи іншого типу виборчої системи, може передбачити, до яких політико-правових результатів це може привести, і визначити найбільш адекватний та ефективний тип в умовах, що склалися. Політологічною наукою також виведені залежності між кількістю місць, що отримує політична партія при пропорційній виборчій системі, від метода, що застосовується при розподілі отриманих голосів виборців. Дослідники відмічають, що, наприклад, метод дільників д'Онда кращий для крупних політичних партій, оскільки при розподілі залишків голосів ці політичні сили отримують додаткові переваги. В свою чергу виборча квота Хера певною мірою сприяє невеликим партіям, які мають можливість першими «підбирати» місця, що залишилися після їх першого розподілу.

Говорячи про закономірності, які застосовує виборча інженерія, слід обмовитися, що неможна уявляти їх практичне використання таким чином, що одного разу зрозумів зміст об'єктивної закономірності та закріпив її у відповідному законодавстві, ми вичерпуємо питання законодавчої регламентації і залишається лише йти вслід за приписом закону. У такому випадку розвиток законодавства та його вдосконалення втратили б будь-який сенс.

Конституційно-правова дійсність має властивості постійно розвиватися та змінюватися. У цьому розвитку безупинно виникають нові елементи, які можна побачити вже в зачатку, коли вони ще не розвинені, і свідомим, програмуванням передбаченням сприяти їхньому здійсненню або, навпаки, перешкоджати їм. Уловлюючи перспективність таких явищ, виборча інженерія за посередництвом правових норм здатна забезпечити умови для їхнього розвитку, сприяти їх стійкості в майбутньому. Так, наприклад, останнім часом звертає на себе увагу тенденція персоналізації чи «депрограмування» виборчих кампаній, пов'язана з тим, що не політичні ідеї та програми, а імідж (образи) кандидатів (політичних партій) їхнє створення та поширення стають однією з головних складових виборчої кампанії, необхідною умовою перемоги у боротьбі за владу. Виборець, переважно із засобів масової інформації, одержує певну кількість стереотипних повідомлень, які у подальшому мотивують його політичну поведінку [5, 99–100]. Цій тенденції сприяє нівелювання на законодавчому рівні значення передвиборних програм, зокрема, виключення вимоги щодо їх наявності на місцевих виборах та її беззмістовності під час обрання народних депутатів. Таке зневажливе відношення виборчого законодавства до передвиборних програм, помножене на низький рівень політико-правової культури виборців і загальну політичну апатію, перетворює програмні документи політичних партій і кандидатів на виборні посади в набір досить загальних політико-економічних і морально-ціннісних положень, які відображають загальновідомі очікування населення щодо позитивних перетворень в країні, тобто, по суті, у демагогічний продукт. Доцільним уявляється уніфіковане законодавче проектування структури передвиборних програм політичних партій, кандидатів на виборну посаду. Зокрема, необхідно, щоб передвиборні програми містили: відображення актуальних проблем (потреб) держави й суспільства; визначення шляхів і інструментарію їхнього вирішення (задоволення); план розвитку держави та

суспільства, який передбачає стадії та етапи його реалізації; джерела наповнення відповідних бюджетів і шляхи ефективного витрачання бюджетних коштів.

Виборчу інженерію безумовно не слід пов'язувати виключно з науковим пізнанням і мимовільно перетворювати науку у творця права, а право — у форму теоретичного знання [2, 108–109]. Виборча інженерія, будучи теоретичним уявленням про майбутнє, відрізняється від наукового передбачення тим, що прямо, безпосередньо орієнтована на практичне втілення своїх результатів в реальну дійсність через закріплення відповідних суспільних відносин у правових нормах і через їхню реалізацію.

Виборча інженерія не може ґрунтуватися виключно на науці та ігнорувати виборчу практику. Вона має не просто відтворювати відповідні ціннісні орієнтації практичного знання у тому вигляді, в якому вони з'являються перед законодавцем, а критично осмислювати та перетворювати їх з урахуванням доцільності та ефективності реалізації для конституційно-правового розвитку. Практична та наукова свідомість не повинні розглядатися як протидіючі фактори. Нерідко зустрічаються ситуації, коли відповідна практична позиція може стати позитивним стимулом, визначити спрямованість у вдосконаленні законодавства. В сучасних умовах у процесі правотворчості на мову юридичних норм переводяться чимало правил, що являють собою концентрований досвід, який вироблений виборчою практикою, до обґрунтування яких наука не має прямого відношення. Так практичний досвід організації виборчих кампаній свідчить, що на проведення передвиборної агітації політичні партії та кандидати на виборні посади витрачають колосальні грошові ресурси, в порівнянні з якими державне фінансування агітаційних заходів щодо окремого суб'єкта є незначними, а обмежені обсяги такої передвиборної агітації — неефективними. Однак з урахуванням сумарної кількості конкуруючих суб'єктів державні витрати на таку «неефективну агітацію» є неприпустимо великими. Така ситуація обумовлює доцільність введення самофінансування проведення передвиборної агітації в друкованих та аудіовізуальних засобах масової інформації будь-якої форми власності, як і виготовлення друкованих агітаційних матеріалів, виключно за рахунок коштів виборчих фондів політичних партій та кандидатів на виборні посади.

Об'єктивний світ по-різному охоплюється передбаченням. В одному випадку його зміни з'являються як результат, у який він сам себе перетворює без участі людини; в іншому — зміни є наслідком здійснення саме людиною певної свідомої діяльності. Тут перетворення тих або інших можливостей в об'єктивну дійсність залежить від конкретного суб'єкта, який при цьому не просто змінює форму того, що дано природою, а у тому, що дано природою, він разом з тим реалізує і свою свідому мету, наділяє об'єктивну реальність власними суб'єктивними характеристиками, виражає до них своє відношення. Як говорив Тодор Павлов: «Якби ідея містила тільки такі речі, які «ідуть» від самого предмета й не несуть суб'єктивного характеру, якби суб'єкт не привносив в об'єктивний зміст і свій суб'єктивний зміст, якби, нарешті, ідея-образ була

позбавлена суб'єктивно-емоційного «фарбування», то всяка ідея збігалася б абсолютно та метафізично зі своїм предметом і, отже, не була б... образом предмета» [6, 165].

Відображаючи об'єктивно необхідні властивості та зв'язки виборчих відносин, розробники проекту закону одночасно інтегрують в нього свої потреби, інтереси, цілі, бажаючи отримати певний політико-правовий результат. Говорячи словами академіка П. К. Анохіна, «випередження подій — це насамперед активна підтримка поставленої мети до моменту її реалізації» [7, 4].

В практиці виборчої інженерії зустрічаються іноді випадки, коли у нормативну форму наділяють вузькопартійні інтереси, які знаходяться в протиріччі з потребами та інтересами суспільства у цілому. Така практика є проявом суб'єктивізму, причиною якого є те, що законодавець, який виступає суб'єктом виборчої інженерії та здійснює остаточне законодавче проектування, одночасно є безпосередньо зацікавленим політичним актором, який має свої інтереси у майбутніх виборчих перегонах: це максимізація представництва в парламенті (щодо політичних партій) або збереження виборчої посади (щодо окремих кандидатів). Як уявляється, дієвим способом боротьби з проявами суб'єктивізму у виборчій інженерії має стати ефективна робота органу конституційного контролю та підвищення політико-правової культури законотворців.

Підсумовуючи, зазначимо, що застосування конституційним правом інструментарію інших наук сприяє більш глибокому з'ясуванню внутрішньої природи політико-правових явищ та процесів, закономірностей організації та розвитку виборчих систем та вдалому вирішенню завдань по підвищенню якості наукових досліджень. Знання, які отримуються за результатами синтезу різних методологічних підходів, здобуваються насамперед для практично-діючого освоєння соціального буття шляхом орієнтації, організації людей, їхньої поведінки та діяльності. Наукове пізнання політико-правової дійсності за допомогою невластивого для юридичної науки методологічного та понятійного інструментарію, є сьогодні необхідною умовою вдосконалення виборчого законодавства, приведення його у відповідність з новими політико-правовими вимогами суспільного розвитку та ефективності практичного використання.

Виборча інженерія, як міждисциплінарна категорія, спрямована на досягнення очікуваного та такого, що передбачається в рамках об'єктивних закономірностей та тенденцій політико-правового результату. Саме він обумовлює вибір політико-правових засобів його досягнення, детермінує розробку технології по реалізації того, що задумано, пов'язуючи окремі вчинки в цілеспрямовану систему, що підпорядкована єдиному напрямку. Без певного «заглядання» у майбутнє забезпечити реалізацію поставлених цілей неможливо. Випереджальне відображення в межах виборчої інженерії може базуватися на науково обумовлених закономірностях, масових, широко розповсюджених життєвих фактах, так само, як і виростати з розуміння, охоплювання суспільної значимості окремих і рідких на даний момент фактів. В можливості створювати моделі поведінки, які здатні вийти за межі реального буття, складаються творчі потенції виборчої інженерії в перетворенні політико-правової дійсності.

Слід погодитися з М. І. Козюброю, що випереджальне відображення вносить організованість та планованість в правове регулювання, виступаючи в якості важливого фактора забезпечення руху по заданому курсу [2, 158–159]. Тільки розуміючи виборче законодавство як переважно випереджальне відображення того різноманіття політико-правового буття, яке в ньому моделюється, можна буде здійснювати законодавче проектування зі знанням справи, цілеспрямовано та вільно.

### Література

1. Марача В. Г. Президентская власть в политико-правовом пространстве Российской государственности [Электронный ресурс] / В. Г. Марача, А. А. Матюхин // Материалы к выступлению на ежегодных политологических чтениях кафедры политологии и политического управления Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации. Режим доступа : <http://www.fondgpr.ru/lib/mmk/43>.
2. Козюбра П. И. Социалистическое право и общественное сознание / П. И. Козюбра. — М. : Пауки. думка, 1979. — 207 с.
3. Керимов Д. А. Законодательная техника : науч.-метод. и учеб. пособие / Д. А. Керимов. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2000. — 127 с.
4. Гончарук В. П. Виборча система як чинник розвитку партійної системи // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Філософія. Політологія. — 2003. — № 56–61. — С. 148–151.
5. Горчева А. Ю. Основы манипулирования людьми в избирательном процессе // Вестник Московского университета. Серия 10. Журналистика. — 2002. — № 1. — С. 99–100.
6. Павлов Т. Избранные произведения. Т. 1 / Т. Павлов. — София, 1962.
7. Апохин П. К. Избранные труды. Философские аспекты теории функциональной системы / П. К. Апохин. — М. : Наука, 1978. — 400 с.

### Анотація

**Афанасьєва М. В.** Випереджальне відображення як філософсько-теоретичне підґрунтя виборчої інженерії. — Стаття.

У статті аналізується міждисциплінарна категорія «виборча інженерія», яка розуміється як законодавче проектування виборчої системи та виборчого процесу з метою досягнення заданого політико-правового результату. Філософсько-теоретичною основою виборчої інженерії автор розглядає випереджальне відображення як здатність свідомості передбачати результати діяльності на підставі аналізу об'єктивних політико-правових закономірностей, тенденцій та емпіричних даних.

**Ключові слова:** вибори, виборча система, виборчий процес, виборча інженерія, випереджальне відображення.

### Аннотация

**Афанасьева М. В.** Опережающее отражение как философско-теоретическая основа избирательной инженерии. — Статья.

В статье анализируется междисциплинарная категория «избирательная инженерия», которая понимается как законодательное проектирование избирательной системы и избирательного процесса в целях достижения заданного политико-правового результата. Философско-теоретической основой избирательной инженерии автор рассматривает опережающее отражение как способность сознания предвидеть результаты деятельности на основании анализа объективных политико-правовых закономерностей, тенденций и эмпирических данных.

**Ключевые слова:** выборы, избирательная система, избирательный процесс, избирательная инженерия, опережающее отражение.

### Summary

*Afanasyeva M. V.* Anticipatory reflection as a philosophical and theoretical foundations of electoral engineering. — Article.

This article analyzes the interdisciplinary category «Electoral Engineering,» which is understood as the legislative design of the electoral system and electoral process in order to achieve the desired political-law result. As philosophical and theoretical foundation of the electoral engineering the author is considering anticipatory reflection, as the ability of consciousness predict the results based on an analysis of objective political-law regularities, trends and empirical data.

*Keywords:* elections, electoral system, electoral process, electoral engineering, outstripping reflection.

УДК 348.71

О. Е. Никитченко

### АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ АСПЕКТ АКТУАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНИХ КОНЦЕПЦІЙ ЯК КОНВЕРГЕНТНОГО ПРОЦЕСУ В СУЧАСНОМУ РЕЛІГІЙНОМУ ЖИТТІ

Наявність у релігії, як форми суспільної свідомості, чи то соціального феномена, або суспільного явища регулятивної функції є загально визнаною її характеристикою. Але за часів секуляризації ця функція зазнала суттєвих змін, перш за все у демократичних країнах, де можливості в регулюванні відтворення різних боків суспільного життя, відносин між людьми та інших сфер соціуму відокремлено від держави. Внаслідок інших соціальних змін, а також тенденцій у суто релігійному розвої релігійні вчення, що стосуються дій віруючої людини у правовому просторі, набувають нових рис, про деякі, найбільш суттєві, і йдеться у цій статті.

З 2001 року науково-дослідний центр «Компаративістських досліджень релігії» філософського факультету Одеського національного університету імені І. І. Мечникова сформулював як своє головне завдання дослідження сучасних тенденцій в релігійному житті світу. Аналіз цих тенденцій дозволив сформулювати загальну концепцію та вжити відповідну термінологію для подальшого виокремлення та визначення конкретних трендів у релігійному розвої сьогодення під назвою «Конвергентні процеси у релігійному житті другої половини XX — початку XXI сторіччя» [1]. Саме поняття «конвергентні процеси в релігійному житті другої половини XX сторіччя» для широкого наукового загалу ми почали вживати ще з середини останнього десятиріччя століття, що вже минуло [1; 2].

За роки, що минули, зміст визначених тенденцій не змінився, хоча постійно відбуваються деякі зміни в їх значенні, чи то в тому, яке місце вони займають (якщо можна вжити це слово, то й «рейтинг») у повсякденні релігійного життя. Кожен з цих конвергентних процесів відіграє особливу роль у відтворенні сучасної релігійної сфери суспільного буття, тому, прискрипливо

аналізуючи один з них, ми маємо повсякчас відчувати його зв'язок з іншими. У цьому сенсі ми розглядаємо й «актуалізацію соціальних доктрин».

Також буде слушним зауваження, що усі ці конвергентні процеси не є породженням лише, чи саме релігійного життя, яке взагалі лише в теоретичному сенсі можна вивести за межі усього загалу форм розвою сучасного суспільства. По-перше, тому що абсолютна більшість населення планети ідентифікує себе як прихильники тієї чи іншої релігії. Отже віруюча людина, принаймні за кількістю, є головним суб'єктом історії. По-друге, ці тенденції, що ми досліджуємо саме у релігійному житті, і є, безумовно, відповіддю на «виклики» (за А. Тойнбі) суспільного розвою в цілому.

Сам термін «конвергенція» (від лат. *convergentio*, *convergo* — сходжусь, наближаюсь) вперше у релігієзнавстві було вжито німецьким вченим Генріхом Фріком в його праці «Порівняльне релігієзнавство» (1928 р.) [3]. Прагнучи до зближення термінології природознавчих і суспільствознавчих наук, за традицією, започаткованою ще Д. Ф. Шлеймахером, він застосував цей термін у тому значенні, в якому він вже використовувався насамперед в біології, де це поняття характеризує процес виникнення рис подібності в будові і функціях у далеких за походженням організмів внаслідок їхнього пристосування до однакових умов існування. Г. Фрік використав цей термін для позначення паралельних, схожих процесів у різних релігіях, й у цьому значенні «конвергенція» тримається у вжитку і у сучасних дослідників релігійних явищ.

У повоєнні роки ХХ ст. цей термін у релігійному середовищі став вживатися і для позначення констатації «зближення релігій». Це дозволяє семантика цього слова в романо-германському мовному обігу, що в свою чергу значно збагачує його сучасний релігієзнавчий зміст. В такому другому, поширеному значенні «конвергенція» охоплює і такі тенденції в релігійному житті, які сформувалися чи стали більш наочними саме у другій частині ХХ ст. як-от: а) співробітництво релігій (на рівні організацій, громад, вірних) в різних галузях соціальної діяльності; б) потяг до об'єднання різних деномінацій в єдину традицію; в) тенденція до утворення єдиної світової релігії і т. ін.

Тому «конвергентними процесами» у сучасному розумінні цього терміна можна вважати як ті, що притаманні більш ніж одній релігії, так і ті, що свідчать про тенденції зближення соціальних, доктринальних і організаційних позицій між двома чи багатьма релігіями. Треба зауважити, що все, що відомо про наявність загального в релігії, те, що дозволяє дослідникові аргументувати, що мова іде саме про релігійні явища, продовжує дискутуватися і констатуватися і у наші часи. У статті йдеться лише про ті процеси, які сформувалися, чи найбільш актуалізувалися за останні десятки років. Це перш за все: акселерація, актуалізація есхатології, актуалізація соціальних концепцій, американізація, вельтізація, віртуалізація, глобалізація, діалог, екуменічний рух, егосинтонізація, екзотерізація, зростання інклюзівізму, консюмерізм, модернізм і постмодернізм, нові релігії, паксізація, приватизація, сучасний релігійний плюралізм, раціоналізація культових дій, ревівалізм, секуляриза-

ція, синкретизм, спієнтизм, уніфікація екстеріоризації, толерантність, фемінізація, фундаменталізм, харизматизація.

Більшість вказаних вище «конвергентних процесів» вже багато років досліджуються, добре проаналізовані в літературі, тому у даній статті ми зосередимося лише на деяких з них, які мають безпосереднє відношення до теми, що розглядається. Але до початку характеристики цих понять, зауважимо, що хоча усі названі процеси мають самодостатній зміст, вони, по-перше, усією своєю сукупністю підтверджують наявність саме конвергенції у релігійному житті цієї доби, по-друге, стимулюють один одного, по-третє, корегують чи мають той чи інший вплив на інші.

Темою нашої статті, як вже ми вже згадували, є «Антропологічно-правові аспекти актуалізації соціальних концепцій як конвергентного процесу у сучасному релігійному житті». Отже, по-перше, з усіх попередніх визначень «конвергентних процесів» впливає, що це один з таких, що своїм корінням сягає далеко за межі історичного періоду, що розглядається. Ми навіть й уявити не можемо існування в минулому релігії, щоб вона в тій чи інший спосіб не сакралізувала діючі суспільні відносини та соціальні інституції. Окрім того, усі більш-менш розвинуті релігійні організації мають свої уявлення щодо суспільства та повчають вірних, як ставитися до нього в цілому чи до відповідних йому інстанцій.

Починаючи з доби писемності джерелом соціальних уявлень є «священні писмена», в яких містяться повчання, необхідні для відтворення суспільного ладу. При наявності бажання в цих текстах можна знайти судження, що дають можливість для протиріч у конкретних установах щодо відбудови відповідного соціального устрою. Тому завжди було важливим і те, що саме зі своєї сакральної етичної спадщини вибирають її інтерпретатори, які їх думки знаходять своє підтвердження у відповідних писменах.

В наш час витлумачення тих чи інших священних текстів за власним уподобанням у демократичному суспільстві не може бути заборонено. Тому в кожній релігійній традиції припустима широка палітра думок з багатьох, у тому загальному й з особливо важливих для суспільства питань. У всій своїй сукупності, на наш погляд, вона (ця палітра) і є та засада, на якій базуються соціальні вчення у сучасних деномінаціях, звісно, у той чи інший спосіб, корегуючи відповідні судження зі «священними писменами». Залежно від ставлення до конкретних суджень, керівництво релігійних організацій, посиляючись на свій авторитет (сакральний в першу чергу) та авторитетність «святого писма», формує свою соціальну доктрину, на кшталт офіційного вчення у той чи інший мірі обов'язкового для послідовників даного віровчення. За рівнем офіційного визнання та теоретичного обмірковування погляди у сфері соціальної проблематики в тій чи іншій релігійній організації можуть бути визначені (звісно, що в традиціях де діє ієрархія лише «священноначаллям») як деяка сукупність, що не відповідає установам конкретної деномінації. Офіційно затверджені відповідними компетентними установами погляди на соціальні явища, обов'язкові для усіх, хто ідентифікує себе з конкретною релігійною традицією, отримали

назву в християнському середовищі «соціальна доктрина церкви». Там, де в сучасних конфесіях та релігіях ще не склалася соціальна доктрина у достатньому повному теоретичному обсязі, можуть використовуватися інші терміни, наприклад «соціальна концепція». На наш погляд, остання термінологія свідчить головним чином про рівень домагань авторів у теоретичній (богословській) сфері, але ж ніяк не відображується на офіційності самих повчань та необхідності «слідування» їм, виконанні одновірцями тих положень, що зафіксовані саме у концептуальному плані. У повоєнні роки XX століття богослови багатьох конфесій почали інакше інтерпретувати соціальну практику, залишивши надсвітову позицію. Наявність різних ідеологій, що конкурують у боротьбі за свідомість віруючих, змушувало ієрархів та суто богословів формувати офіційну позицію з багатьох актуальних проблем сучасності. Так склалося історично, що раніше за всіх почала формування своєї соціальної доктрини Римо-католицька церква. Як відомо, ще в 1890 р. в енцикліці «*Sapientiae Christianae*» папа Лев XIII продемонстрував готовність церкви до співробітництва з будь-якими політичними системами, що діють відповідно до природних законів, які забезпечують умови для нормального розвитку та вдосконалення людини та поважають свободу совісті [4].

Подальший розвиток подій у світі постійно стимулював інтенсифікацію розробки соціальної доктрини католицької церкви. Щоб проілюструвати цю тезу, наведемо лише короткий перелік найважливіших (з точки зору самої церкви) соціальних енциклік.

1. «*Regum vocationum*» («Нові речі») — 1891 р. визначала нестерпним становищем робітничого класу, засуджувала «фальшиві рішення» цього питання соціалістами та класову боротьбу, відстоювала законність приватної власності, права на справедливую оплату за працю.

2. Пій XI в енцикліці «*Quadragesimo anno*» («На сороковому році») підтверджував цінності ідей, викладених у попередньому документі, попереджував про загрозу поширення марксизму, наполягав на відмові від класової боротьби, стверджував нагальність сумісної праці поміж класами за допомогою держави.

3. В енцикліці Івана XXIII «*Mater et Magistra*» («Мати та наставниця») — 1961 р. аналізувалися нові аспекти соціального розвитку: відсутність рівноваги між секторами суспільного виробництва (промисловістю та сільським господарством); між економічним розвитком та суспільним процесом; між багатими та бідними регіонами в межах однієї нації, між багатими націями та націями третього світу; демографічні проблеми.

4. Той же Іван XXIII в енцикліці «*Pax in teris*» («Мир на Землі») — закликав католиків до співпраці з нехристиянами у соціальній сфері на засадах правди-справедливості — солідарності — свободи для всього світу.

5. У душпастирській конституції II Ватиканського Собору «*Gaudium et spes*» — 1965 р. (з точки зору католицьких теологів — це зразок синтетичного викладання соціальної доктрини церкви) у дев'яти розділах розглядаються такі теми, як гідність людської особи, людська спільність, діяльність людей в уні-

версумі, місія церкви в сучасному світі, гідність шлюбу та родини, сприяння прогресу та культурі, соціально-економічне життя, життя політичної спільноти, підтримка миру та спільноти народів.

6. Павло VI в енцикліці «*Populorum progressio*» («Прогрес народів») — 1967 р., протиставляв старому та новому капіталізмам план розвитку, що звертається до підтримки кожної людини та людства в цілому.

7. Він же в «*Octogesima adveniens*» («Наближення вісімдесятої») — 1971 р. звертає увагу на такі нові соціальні проблеми, як урбанізація, споживання, питання молоді, жінок, зайнятість, еміграція, расизм, засоби масової інформації, екологія.

8. Іван-Павло II в енцикліці «*Laborem exercens*» (Працею своєю) — 1981 р. підкреслив, що с часом центр уваги поступився від «класового питання» до «всесвітнього» та виокремив три виміри праці: особистісно екзистенційний, соціальний та богословський.

9. В енцикліці «*Sollicitudo socialis*» («Турбота про соціальні справи») — 1987 р. головної уваги надавалось солідарності, яка б поєднала усі народи, побуджувала б найбільш з них активніше ставати на шлях економічного та соціального культурного розвитку.

10. В енцикліці, що була присвячена сторіччю «*Rerum novarum*», «*Centesimus annus*» («Сотий рік») — 1991 р., також Іван-Павло II стверджує права кожної людини, у тому числі і пролетарія: йдеться про родинні справи та виховання, обов'язки держави, налагодження національних та міжнародних відносин, економічного життя, справи культури, повагу до життя від зачаття до смерті.

Отже, як бачимо, навіть у такому короткому переліку можна засвідчити, що активація соціального доктринування у римо-католицькій церкві припадає саме на повоєнні роки. Також це ще одне свідчення щодо актуалізації соціальних доктрин саме у сучасному релігійному житті.

В протестантському середовищі (соціальна спрямованість вчення якого не викликає після праць Макса Вебера жодного сумніву) актуальність соціальних питань підкреслюють такі новотвори, як «Соціальне богослов'я», «Жіноче богослов'я» та інші богослов'я, що склалися також у повоєнні роки.

Характерним у цьому процесі актуалізації є відверте зростання соціальних вчень деяких деномінацій зі світськими соціальними доктринами. Наприклад, з марксизмом у теології визволення, з лібералізмом — у деяких положеннях католицького вчення, зі соціалізмом у країнах третього світу (впершу чергу в ісламі, доречно буде тут сказати: фундаменталізм є однією з реакцій на спробу оновлення мусульманської віри у такій царині як соціальні доктрини).

У зв'язку з глобальними змінами на терені колишнього Радянського Союзу практично у всіх галузях соціального виробництва та не в останню чергу, після відміни комуністичної ідеології як офіційної, внаслідок яких плюралізм ідеологій постав реальністю пострадянського буття, потреба у формуванні теоретичного рівня своїх соціальних вчень на кшталт «соціальних доктрин» відчували ієрархії та керівництво релігійних організацій, що функціонували в межах країни, якої вже не має.

Відповіддю на цей «виклик» у російській православній церкві було створення «Основ соціальної концепції російської православної церкви», затверджений в якості офіційного документа Архієрейським собором (13–16 серпня 2000 р.).

Вочевидь, така потреба існувала і у деяких інших деномінацій, що діють у Російській Федерації. «Основні положення соціальної програми мусульман» — 2001 р., «Соціальна позиція протестантських церков в Росії» — 2003 р., «Основи соціальної концепції іудаїзму» — 2003 р. пропонували своїм прихильникам і суспільству в цілому своє бачення соціальних проблем сучасності.

Немає нічого дивного, що кожна з вищеназваних соціальних концепцій починається з викладання богословських засад чи основ віри, які, звісно, мають відмінності, однак в них усіх ідеться мова про деякі найважливіші проблеми сучасності, і тому більшість тематик і розділів співпадає, як і більшість відповідей на проблеми, що розглядаються. Основи соціальної концепції руської православної церкви, окрім богословських засад, виказують офіційну думку з проблем: церква й нація; церква й держава; християнська етика і світське право; церква і політика; праця та її плоди; власність; війна і мир; злочинність, покарання, виправдання; питання особистої, родинної та суспільної моралі; здоров'я особи та народу; біоетика, церква і екологія; світська наука, культура, освіта; церква і засоби масової інформації; міжнародні відносини; проблеми глобалізації, секуляризму. Тут можна було б нагадати про дуже негативне сприйняття відповідей, що давала ця церква на болючі питання сучасності [5], але критика конкретних концепцій не є метою статті. Важливо довести, що ми маємо тенденцію актуалізації «соціальних доктрин» в релігійному житті сьогодення». Цю тезу доводять і відповідні розділи інших положень, програм і концепцій релігійних організацій, що діють в РФ.

Дуже жвава дискусія в Інтернеті, яка ще досі триває, присвячена висловлюванню голови Відділу взаємовідносин Церкви і суспільства Московського Патріархату В. Чапліна, який у виступі 17 грудня 2010 року на круглому столі з проблем міжетнічних відносин, кажучи про конфліктні ситуації, що виникають у російському житті на міжнаціональному ґрунті, закинув докір на адресу жінок, які вільно одягаються: «Якщо вона одягає міні-спідницю, вона може спровокувати не лише кавказця, але і руського. Якщо вона при цьому сп'яніла, вона тим більш спровокує. Якщо вона активно при цьому викликає людей на контакт, а потім дивується, що цей контакт закінчується ґвалтуванням, вона тим більш не права» [6].

У такій спосіб він відповів на питання про те, чому російські дівчата часто-густо є об'єктом домагань кавказьких чоловіків. Ці слова занепокоїли багатьох росіян. В Інтернеті надруковано звернення до Патріарха Кирила, яке підписали більш ніж 700 людей. Автори просили призвати протоієрея Чапліна до публічного вибачення за слова, що торкаються права свободи і гідності громадян Російської Федерації, бо рівноправ'я громадян незалежно від їх статі закріплено в Конституції РФ. Далі свою позицію В. Чаплін виклав у «відповіді авторам звернення до Патріарха Кирила з приводу жіночого дрес-коду» [7].

Останній приклад актуалізації соціальних концепцій наведено лише для того, щоб визначити, що процес цей триває й подалі. Ми не можемо казати, що ще у подальшому розвої людської спільноти може стати приводом для перегляду чи формування нових соціальних концепцій заради місіонерської діяльності та керівництва пасовими вірними, але досвід релігійних організацій, що накопичено на цьому шляху, може стати у нагоді людству, а може викликати суспільну критику, без якої не відбувалася взагалі жодна новація, навіть якщо вона виглядає як спроба повернення до «прекрасного» минулого, щоб життя людської спільноти стало краще у майбутньому.

Підсумовуючи перелік найбільш значущих для висвітлення антропологічного аспекту тієї актуалізації соціальних доктрин, що розглядалася нами переважно як конвергентний процес сучасного релігійного життя, можна додати, що цей тренд набуває багато характеристик, пов'язаних, по-перше, з безпосереднім осмисленням відтворення права в суспільстві в загалі, бо і католицизм і протестантство та православ'я і мусульманство мають світовий вимір, тому в різних країнах вони залежно від можливостей сприяють універсалізації поглядів своїх прибічників на право як таке. По-друге, ставлення релігійних організацій до тих чи інших актуальних питань сучасності може впливати на законотворчий процес, принаймні на розсуд законодавця, що належить до тієї, чи іншої релігії, який, згідно з сучасною феноменологією права не може не мати жодних «упереджень» до початку дискурсу з приводу вищезазначеної проблематики. По-третє, жодна віруюча людина, принаймні в демократичному суспільстві, має у той чи інший мірі авторитетні релігійні сакральні вказівки щодо свого поведіння в правовому полі. Людина, як правове єство, приймає все те у правовому полі, що відповідає її розумінню, потребам, інтересам, цінностям. Значну роль у формуванні цих аспектів правової свідомості здійснюють її релігійні уподобання. На наш погляд, актуалізація соціальних доктрин в сучасному житті піднімає значення права і в суто релігійному аспекті. Але то вже проблема, яка потребує подальшого вивчення.

### *Література*

1. Мартинюк Е. Конвергентні процеси у релігійному житті другої половини XX століття // Паука і релігія. Проблеми діалогу / Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова, Наук.-дослід. центр «Компаративістські дослідження релігії»; редкол.: Е. І. Мартинюк (голов. ред), О. А. Івакін, В. А. Кравченко [та ін.]. — О.: БАХВА, 2002. — С. 37–48.
2. Мартинюк Э. И. Особенности религиозной жизни во второй половине XX века (методическое пособие для учителей по всемирной истории и религиоведению) / Э. И. Мартинюк. — О.: ИПКУ, 1997. — 39 с.
3. Frick H. Vergleichende Religionwissenschaft / H. Frick. — Berlin; Leipzig: Walter de Gruyter and Co., 1928. — P. 134.
4. Майка Ю. Социальное учение католической церкви / Ю. Майка. — Люблин, 1993. — С. 295.
5. Яроцький П. Соціальна дійсність і соціальний песимізм (порівняльний аналіз деяких положень соціальних вчень Православної і Католицької церков) // Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. пр. — Чернівці: Рута, 2003. — Вип. 163–164: Філософія.
6. РПЦ предлагает ввести дресс-код в обществе [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://svpressa.ru/society/article/37283/>
7. Ответ протоиерея Всеволода Чаплина авторам обращения к патриарху Кириллу по поводу

женского дресс-кода [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.interfax-religion.ru/?act=documents&div=1076>.

### Анотація

*Никитченко О. Е.* Антропологічний та правовий аспект актуалізації соціальних концепцій як конвергентного процесу в сучасному релігійному житті. — Стаття.

У статті подано характеристику одного з конвергентних процесів сучасного релігійного життя «актуалізація соціальних концепцій» як такого, що зумовлений особливостями розвитку сучасного суспільства, відповідною реакцією релігійних організацій на соціальні зміни і маючого вираз у тому, що керівництво деяких деномінацій формулює офіційну позицію щодо глобальних і актуальних проблем сучасності, яка у той чи іншій мірі є обов'язковою для віруючих відповідного віросповідання, у тому загалі і в юридично значущих ситуаціях.

*Ключові слова:* право, суспільство, релігія, конвергентний процес.

### Аннотация

*Никитченко Е. Э.* Антропологический и правовой аспект актуализации социальных концепций как конвергентный процесс в современной религиозной жизни. — Статья.

В статье характеризуется один из конвергентных процессов современной религиозной жизни «актуализация социальных концепций» как такой, что обусловлен особенностями развития общества, соответствующей реакцией религиозных организаций на социальные изменения и выражающийся в том, что руководство некоторых деноминаций вырабатывает официальную позицию по глобальным и актуальным проблемам современности, в той или иной степени обязательную для верующих соответствующего вероисповедания, в том числе и в юридически значимых ситуациях.

*Ключевые слова:* право, общество, религия, конвергентный процесс.

### Summary

*Nykytchenko O. E.* Anthropological and Juridical aspect of Actualization of Social Conceptions as Convergent processes in Modern Religious Life. — Article.

The context of the article represents: the «actualization of social concepts» as one of convergences processes of the modern religious life. It is caused by features of development of the society, corresponding reaction of the religious organizations to social changes. Actualization of social concepts expressed that the rulers of some denominations propose an official position on global and actual problems of the modern world, to some extent obligatory for believers of corresponding religion in juridical important situations also.

*Keywords:* law, society, religion, convergences process.

УДК 340.12:165.731(092)

*О. В. Костира*

## ФІЛОСОФІЯ ПРАВОВОЇ ІСТОРІЇ У ТВОРЧІЙ СПАДЩИНІ Ф. В. ТАРАНОВСЬКОГО

Творча спадщина видатного правознавця Федора Тарановського за останні роки неодноразово ставала предметом наукових досліджень. Зокрема, їй присвячені кандидатські дисертації Л. М. Мудриєвської та О. В. Дмитренко, статті В. О. Томсинова, О. О. Омельченка, І. Б. Усенка та В. С. Савчука, в яких висвітлені біографічні аспекти цієї теми, погляди ученого на теорію права, історико-правову науку, частково — його методологічна майстерня. Разом з тим,

як видається, філософсько-правова сторона творчості Ф. В. Тарановського, попри практично одностайне віднесення його сучасними дослідниками до когорти славнозвісних філософів права «золотої доби» вітчизняної юриспруденції (М. Б. Рєвнова, А. В. Кузьмин, А. М. Окара, О. В. Шаповал), ще не осмислена мірою, на яку вона заслуговує. Додамо, що вважаємо слушним висновок М. А. Дамірлі про дотичність до філософії права її історії [1, 46]. Указані обставини зумовлюють актуальність заявленої теми, її постановку та спробу вирішення у рамках цієї статті.

Як і будь-яка інша сфера філософії, що стикається з іншими гуманітарними сферами знання, філософія правової історії наполегливо шукає своє «місце під сонцем». При цьому слід виходити насамперед із своєрідності предмета історії права, а також з ситуації структури філософського знання, а саме слід з'ясувати взаємовідносини філософії права та філософії історії [2, 75], тобто виявити їх спільні засади, відмінні ознаки та характер взаємодії. Як видається, єдність цих двох філософських дисциплін проявляється у двох площинах. І філософія права, і філософія історії перебувають у пошуку смислів права та історії, що й зумовлює єдність методології, в якій переважають загальнофілософські інструменти. Відмінними є предметні сфери цих дисциплін: якщо для філософії права — це буття та властивості права [3, 25], то для філософії історії — це історичний процес (його мета, смисл, історична необхідність, рушійні сили історії, темпоральні та стадійні аспекти історії та ін. [4, 24–36]).

О. В. Малинов у своїй роботі «Філософія історії в Росії» виокремлює дві лінії в дореволюційній російській філософсько-історичній думці або два способи розуміння історії — історіософський (телеологічний) і теоретико-методологічний. В основі останнього лежить визнання універсальності історичного процесу, яка визначається історією як наукою. Центральними проблемами для цього підходу виступають питання суб'єктивної складової історії, детермінації історичного процесу, історичної причинності, закономірності, побутування історії як форми знання, а також історична критика та інтерпретація. В рамках такого розуміння історії розробляються переважно питання теорії, методології та епістемології історії [5, 8–9].

Аналіз історико-правових та методологічних праць Ф. В. Тарановського показує його близькість до другого способу розуміння історії. В його працях є постановка питань і з позицій телеологізму. Так, аналізуючи погляди норманістів Г. Шльоцера, Г. Куника, М. П. Погодіна, Ф. В. Тарановський непрямо й сам задається питанням про основну ідею державотворчих процесів у ранній Русі: чи була вона запозиченою у германських/скандинавських народів? Очевидною є привабливість для ліберально налаштованого Ф. В. Тарановського позитивної відповіді на це запитання, оскільки заклик варягів на царювання — це варіант суспільного договору. Але його наукова позиція не дозволяє йому такого кроку і він м'яко, але рішуче критикує позицію норманістів, не даючи власної відповіді. Лише зіставлення цієї роботи Ф. В. Тарановського зі відгуком на дослідження М. П. Павлова-Сильванського про феодалізм у Росії та пізніми роботами з історії права західних та південних слов'ян дає мож-

ливість зробити обережне припущення про визнання ученим єдиного напрямку та єдиної долі європейських народів, до яких він відносив і слов'янські. Про розгляд принаймні права західних та південних слов'ян в контексті правової історії Європи писала Л. М. Мудриєвська [6, арк. 176].

До історіософських компонентів філософії правової історії слід віднести питання про детермінанти історико-правового розвитку. На думку сучасного філософа історії А. А. Алфьорова, існує три метатеорії рушійних сил історичного процесу: трансцендентна (Бог, Всесвітній Розум, Доля, економічна необхідність тощо); натуралістична (сили природи), антропологічна (природа та діяльність людини) [7]. Хоча спеціальних суто історіософських досліджень у спадщині Ф. В. Тарановського немає, це питання, вочевидь, ставилося ним, перш за все, щодо джерела, причини правового розвитку. У праці «Історичне і методологічне взаємовідношення історії, догми і політики права» учений переконливо доводить відсутність аутопойезису у праві, натомість наголошуючи на зв'язку розвитку права із суспільством [8, 164–165, 169–170], об'єктивуванням чого виступає суспільний інтерес [9, 2]. Таким чином, по суті, його погляди на рушійні сили правового розвитку слід віднести до першої з названих метатеорій із застереженням, що Тарановський ніколи не був моністом у визначенні суспільних складових цієї причинності: він визнавав і економічні, і суто соціальні, і політичні фактори правового розвитку.

Натомість теоретико-методологічні праці, присвячені правовій історії, у його творчості непоодинокі. Філософія правової історії у спадщині ученого має такі напрями: методологічне спорядження історико-правового дослідження; визначення місця та ролі правової історії у системі юридичного пізнання; спільне, особливе, одиничне в історико-правовому розвитку різних спільнот, зокрема, слов'янських.

Як показали дослідження Л. М. Мудриєвської, одним з основним сповідуваних та детально розроблених ученим методів був порівняльно-правовий, загальною основою якого виступила позитивістська парадигма [6, арк. 149–155]. По-перше, зазначимо вірність ученого методології позитивізму, яка простежується у його вислові про мету юриспруденції у цілому: «Знати минуле для того, щоби розуміти сучасне та прокладати шлях у майбутнє» [8, 153], що майже дослівно повторює відоме гасло засновника позитивної філософії Огюста Конта. По-друге, погоджуючись у цілому з висновком Л. М. Мудриєвської, відмітимо, що палітра методологічних прийомів, використовуваних та розвинутих у працях Ф. В. Тарановського не обмежується порівняльно-правовим методом в його історичному варіанті, що й дає можливість розцінювати його творчість у філософсько-правовому ключі.

Філософсько-методологічне кредо Ф. В. Тарановського виражено, передусім, у вступній лекції «Історичні і методологічні взаємовідносини історії, догми і політики права», яку він прочитав у Демидівському ліцеї (1906 р., надрукована у 1907 р.). А реалізація його філософської позитивістської парадигми у царині історії права відмітна у всіх його історичних працях — від медального твору «Огляд пам'ятників магдебурзького права у західноросійських містах

литовської епохи: Історико-юридичне дослідження» (1896) до підручників та статей з історії слов'янського права, які він написав в еміграції.

На думку Ф. В. Тарановського, сучасна йому історико-правова наука запозичила у природничих наук вельми плідний пізнавальний засіб — спостереження. Позитивізм використовував поняття спостереження при вирішенні багатьох філософських проблем. Термін вважався науковим, якщо йому можна було поставити у відповідність який-небудь спостережуваний об'єкт або явище. Положення вважалось науковим, якщо воно містило лише спостережувані терміни або терміни, які могли бути скорочені до спостережуваних [10, 50]. Спостереження, як переконливо довів молодший сучасник Ф. В. Тарановського Марк Блок, в історичній науці є, передусім, вивченням слідів та їх різновиду — наративних свідочств [11, 35–40]. Яскравим прикладом такого історичного спостереження у творчості Тарановського є створений ним під час викладання у Демидівському лицейі «Огляд актів Углицької провінційної канцелярії» [12]. На основі документального масиву, зосередженого у місцевому архіві, учений дає картину правового життя місцевого суспільства на тлі тих перетворень, якими проникнута була Петровська доба. Що стосується іншого пізнавального засобу природознавства — експерименту, то для правової історії він є неможливим за визначенням, але може бути суттєво доповнений, на думку ученого, порівнянням [8, 163]. Отже, порівняльно-історичний метод у нього виступає як субсидіарний у системі методів філософського позитивізму.

Інша важлива складова методологічного позитивізму Ф. В. Тарановського — принцип наукової об'єктивності. Чи не найкраще його дія простежується у роботі Ф. В. Тарановського «Норманська теорія в історії російського права» [13]. Характерною рисою цієї роботи було те, що в ній розглянуто погляди винятково норманістів (на нашу думку, через ненауковість доводів антинорманістів, серед яких не було жодного видатного джерелознавця, мовознавця або археолога). Автор об'єктивно викладає точки зору норманістів XVIII ст. та одного з найбільш запальних прихильників варязького впливу на розвиток російської державності і права — М. П. Погодіна. Аналіз цієї роботи свідчить, що Ф. В. Тарановський не належав до жодного із непримиренних таборів. Його не можна назвати ні норманістом, ні антинорманістом. Аналізуючи дискусії і суперечки щодо «походження Русі» учений намагався знайти у них раціональне зерно, що, на його погляд, істотно вплинуло на побудову філософії російської історії. Більше того, він указує на збіг точок зору норманістів та антинорманістів у висновках, по-перше, про мирний характер державотворчих процесів у Давній Русі, незалежно від того, під чийми прапорами вони проходили, по-друге, про певну відмінність цих процесів та історичного розвитку Русі від аналогічних процесів у Європі [13, 42].

Звертає на себе увагу ще один методологічний постулат Ф. В. Тарановського — вимога комплексного дослідження правових явищ, яке поєднувало догматичне та історико-правове дослідження. У своїй статті «І. С. Енгельман як історик права» учений висловлює жаль з приводу того, що російські історики

права не розробляють проблеми історії галузей приватного права, від чого програє й історія права, й галузеві правові дисципліни [14, 15].

Ще однією складовою філософії правової історії Ф. В. Тарановського стало визначення ним місця історії права у системі юридичних наук. На його думку, історія права поряд з догмою права та політикою права є однією з трьох складових юриспруденції та являє собою одну з трьох методологічних позицій, з яких вивчається право [8, 153]. Учений високо оцінював роль і значення історичного пізнання у науково-пізнавальній і практичній діяльності. Головне призначення правової історії, на його думку, полягає у вивченні закономірностей розвитку права [8, 164–165]. Природа соціальних явищ у суспільних, у тому числі історико-правових науках, на думку ученого, вимагає встановлення соціальних законів, що і є одним із головних завдань цих наук.

Разом з тим Ф. В. Тарановський, у дусі сучасної йому доби, історію права вважав ідеографічною дисципліною, яка сконцентрована на феноменах, а не на жорстких законах соціального розвитку. У подробицях і у відтінках, у деталізації і в нюансировці полягають основне завдання і зміст історії права як дисципліни ідеографічної [15, 11]. Він і сам подає приклади такого дослідження. Так, в «Оглядах актів Углицької канцелярії» Ф. В. Тарановський демонструє зразки мікроісторичних досліджень. Досить хоча би звернути увагу на такий шедевр мікроісторії, як описана у другій частині актів юридична справа з приводу організації «цифірної» (світської початкової) школи в Углицькій провінції. Учений майстерно, на підставі ретельного документального аналізу показує позиції зацікавлених осіб церковної та світської адміністрації, надісланого зі столиці учителя Івана Калитеєвського у цій справі. Місцеві церковники, які були рішуче не зацікавлені у відкритті світської школи, виявили неочікувану юридичну грамотність, і «воювали» проти світської адміністрації її ж зброєю. Зокрема, вони опротестували і відмовились виконувати накази, видані до утворення церковної колегії — Синоду — вимагаючи видання актів щодо створення шкіл саме цим органом [12, 2, 9–15]. На прикладі такої, нібито дрібної справи, Ф. В. Тарановський виявляє шалений спротив петровським реформам на місцях.

За філософсько-правовою концепцією Тарановського, зважаючи на ідеографічний характер дисципліни правової історії, розгляд правових явищ має відбуватися у конкретному просторі і часі. Як вважав учений, ігнорування розгляду явищ поза контекстом конкретного простору і часу призводить до грубих помилок не тільки у пізнавальній, але й практичній діяльності. У передмові до другого видання своєї «Енциклопедії права» він стверджував: «Трагічний результат нашої Лютневої революції 1917 року ще раз засвідчив і підтвердив неспроможність і згубність відстороненого геометрично-прямолінійного вирішення правових і політичних проблем поза умовами простору і часу» [16, 4].

У своїй «Енциклопедії права» Ф. В. Тарановський місце історії права в системі суспільних наук визначає виходячи з її призначення: з одного боку, вона служить цілям історичного тлумачення діючих юридичних норм, з іншого — переслідує самостійне і більш широке теоретичне завдання причинного пізнан-

ня розвитку права. «Виконуючи першу свою функцію, історія права становить частину юриспруденції; у переслідуванні другого завдання історія права виходить за межі останньої і вступає у більш широку сферу суспільствознавства. Дотримуючись загальних правил позитивної соціологічної методології, історія права у той же час користується і прийомами юридичної техніки. Результати своїх досліджень вона виражає, так би мовити, юридичною мовою і по окремих періодах будує для минулих часів юридичні конструкції на зразок того, як це робить догматична юриспруденція стосовно діючого права. Наявність юридично-конструктивного елемента становить специфічну особливість історії права і виокремлює її із загальної історії» [16, 340–341].

Отже, підсумком проведеного дослідження може бути висновок про наявність у творчій спадщині видатного правознавця Ф. В. Тарановського філософської дослідницької концепції щодо історичного розвитку права. Світоглядно-філософським її підґрунтям стала позитивістська наукова парадигма, на основі якої ученим були розроблені і вдало використані порівняльно-історичний метод дослідження права, метод спостереження, принципи об'єктивності та комплексності правового дослідження, виявлено місце історії права у колі юридичних дисциплін та її призначення у системі юридичних та суспільних наук.

Філософія правової історії, як прогнозує М. А. Дамірлі, стане вищим рівнем історико-правового пізнання [2, 81]. Думається, що певною мірою такі висоти уже були узяті Ф. В. Тарановським в його найкращих дослідженнях, які потребують подальшого детального вивчення з позицій філософії права.

### Література

1. Дамірлі М. Єдність і різноманітність філософсько-правових знань (до питання про систему правової філософії) // *Право України*. 2011. № 8. С. 46–51.
2. Дамірлі М. А. История права и философское знание // *Журнал российского права*. 2001. — № 11. — С. 75–83.
3. Алексі Р. Природа філософії права / Роберт Алексі // *Проблеми філософії права*. — 2004. — Т. II. — С. 19–26.
4. Алферов А. А. Исторический процесс и его философская концептуализация : автореф. дис. ... д-ра филос. наук : 09.00.08 / А. А. Алферов. Ростов н/Д, 2005. 49 с.
5. Малинов А. В. Философия истории в России: конспект университетского спецкурса / А. В. Малинов. — СПб. : Изд.-торговый дом «Летний сад», 2001. — 189 с.
6. Алферов А. А. К вопросу о движущих силах истории // *Вестник Донского государственного технического университета*. 2003. Т. 3, № 4 (18). С. 475–484.
7. Тарановский Ф. В. Историческое и методологическое взаимоотношение истории, догмы и политики права // *Журнал Министерства юстиции*. — 1907. — № 3. — С. 151–170.
8. Тарановский Ф. В. Интерес и нравственный долг в праве // *Варшавские университетские известия*. — 1899. — Вып. VIII. — С. 1–20.
9. Мудрицька Л. М. Державно-правові погляди Ф. В. Тарановського : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Мудрицька Людмила Михайлівна. К., 2010. 213 арк.
10. Сторожук А. Ю. Проблема паблицизма как аргумент в дебатах о реализме // *Философия науки*. — 2005. — № 1 (24). — С. 49–61.
11. Блок М. Апология истории / Марк Блок ; пер. с фр. Е. М. Лысенко. — М. : Наука, 1973. — 230 с. — (Серия «Памятники исторической мысли»).
12. Тарановский Ф. В. Обзор актов Угличской провинциальной канцелярии 1719–1726 гг. / Ф. В. Тарановский. — М. : Печатня А. И. Спиревова, 1908. — Ч. I. — 65 с. ; 1909. — Ч. 2. — 43 с.

13. Тарановский Ф. В. Норманская теория в истории русского права / Ф. В. Тарановский. — Варшава : Тип. Варшав. уч. округа, 1909. — 43 с.
14. Тарановский Ф. В. И. П. Энгельман как историк права // Вестник гражданского права. — 1913. — Вып. 1 : Январь. — С. 15–23.
15. Тарановский Ф. В. Предмет и задача так называемой внешней истории права // История русского права / Ф. В. Тарановский ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2004. — С. 1–48.
16. Тарановский Ф. В. Энциклопедия права / Ф. В. Тарановский. — 3-е изд. — СПб. : Лань, 2001. — 560 с.

### Анотація

**Костира О. В.** Філософія правової історії у творчій спадщині Ф. В. Тарановського. — Стаття.

У статті проаналізовано філософські засади історії права у творчості видатного російського правознавця Ф. В. Тарановського. Учений ґрунтував свої історико-правові дослідження на науковій парадигмі філософського позитивізму. Ним були розроблені і вдало використані порівняльно-історичний метод дослідження права, метод спостереження, принципи об'єктивності та комплексності правового дослідження, виявлено місце історії права у колі юридичних дисциплін та її призначення у системі юридичних та суспільних наук.

**Ключові слова:** історія філософії права, філософія правової історії, філософський позитивізм, історико-порівняльний метод, принцип об'єктивності, принцип комплексності правового дослідження.

### Аннотация

**Костира Е. В.** Философия правовой истории в творческом наследии Ф. В. Тарановского. — Статья.

В статье проанализированы философские основы истории права в творчестве выдающегося русского правоведа Ф. В. Тарановского. Ученый основывал свои историко-правовые исследования на научной парадигме философского позитивизма. Им были разработаны и успешно использованы сравнительно-исторический метод исследования права, метод наблюдения, принципы объективности и комплексности правового исследования, обнаружено место истории права в кругу юридических дисциплин и его назначения в системе юридических и общественных наук.

**Ключевые слова:** история философии права, философия правовой истории, философский позитивизм, историко-сравнительный метод, принцип объективности, принцип комплексности правового исследования.

### Summary

**Kostyrya O. V.** Philosophy of Legal History in the Creative Heritage of F. V. Taranovskiy. Article.

The article explores the philosophical foundations of legal history in the works of the prominent Russian lawyer F. V. Taranovskiy. The scientist founded his historical and legal research on a scientific paradigm of philosophical positivism. He has developed and successfully used comparative-historical method of studying law, the method of observation, the principles of impartiality and comprehensiveness of legal research, founded the place of legal history in the circle of legal disciplines and its purpose in the system of legal and social sciences.

**Keywords:** history of philosophy of law, philosophy of legal history, philosophical positivism, historical and comparative method, the principle of impartiality, the principle of comprehensiveness of legal research.

### ОБРАЗ ПРАВООХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ У СУЧАСНІЙ ТЕОРІЇ ТА ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Вкрай актуальним та досі не вирішеним питанням залишається філософсько-правовий вимір правоохоронної функції держави, що зумовлює потреби у відповідних наукових дослідженнях. Розглянемо аспекти дослідження образу правоохоронної функції держави у філософському та загальнотеоретичному вимірах вітчизняної правничої доктрини. Такий аналіз, що є метою нашої роботи, передбачає вирішення таких завдань, як надання філософської оцінки та тлумачення категорії правоохоронної діяльності, дослідження її змісту та зв'язку із правоохоронною функцією держави, висвітлення проблем, що склалися у вітчизняній правничій доктрині із відповідного питання.

Це також дозволить усвідомити характеристики відповідного феномена та визначити модальності зіставлення відповідної оцінки та реальних правоохоронних форм і механізмів. Загальний аналіз робіт вітчизняних авторів свідчить про те, що визначення правоохоронної діяльності, як правило, містяться у навчальній літературі та окремих наукових роботах у сфері адміністративного та кримінального права, ці визначення не мають узгодженості між собою навіть у ключових питаннях. Водночас неможливо окреслювати зміст правоохоронної функції держави у сучасних умовах без аналізу відповідних доктринальних категорій; це підкреслює актуальність обраної проблематики.

Сучасні автори відзначають, що теорія права і держави виступає як індуктивне знання, що виходить із досягнень конкретних юридичних наук, тоді як філософія права формується як дедуктивне знання про право, що виводиться з загальніших знань про людину і світ [1, 21]. Саме така позиція є широко сприйнятою у правничій доктрині.

Як влучно констатує О. В. Радченко, сьогодні державна влада стає об'єктом науково-теоретичного аналізу багатьох наук — як державного управління, так і політології, соціології, права, криминології, філософії тощо. Кожна з них має власний предмет для дослідження, змістовно виділяє своє особливе розуміння держави та державної влади. При цьому саме філософська інтерпретація влади ґрунтується на суб'єкт-об'єктному типі міжлюдських взаємин, які виступають або як єдино доступний предмет досліджень, або як прихована умова щодо можливості здійснення такого дослідження. У філософсько-методологічному значенні державна влада вивчається як складова феномена людського життя, як те реальне буття, яке може бути представлене через систему інституалізації відносин людей та спільності їх дій. У філософському ж контексті державна влада визначається як вид соціально-політичної влади, що відрізняється такими рисами, як тотальність, публічність та легітимність [2, 61].

На думку П. Рікьора, правоохоронна функція є неодмінною властивістю державної влади, до якої в кінцевому рахунку зводяться усі інші різноманітні

функції (законотворення, регулювання економіки, освіта тощо). Держава має монополію фізичного примусу, вона позбавила індивідів права судити самих себе; вона перебрала на себе усі ті різноманітні форми насильства, які стали спадщиною первісної боротьби усіх проти усіх; зіткнувшись з будь-якими прецедентами насильства, індивід може апелювати до держави, а держава — остання інстанція, що виключає можливість оскарження своїх рішень. Державна влада — це влада примушувати [3, 271–272].

Водночас більшість сучасних філософів права оминає у власних працях питання правоохоронної функції як державного примусу. У загальнотеоретичних роботах аспекти відповідної проблематики розглядаються, як правило, у контексті проблеми правоохоронної діяльності.

За обґрунтованим ствердженням І. В. Бондаренка на сьогоднішній день питання про розуміння понять «правоохоронні функції» та «правоохоронна діяльність» є одними із найбільш дискусійних в теорії права. Цей автор відзначає, що вказані поняття перебувають у стадії становлення і навколо них серед фахівців тривають активні дискусії та щодо теперішнього часу проблемою залишається визначення критеріїв, ознак та функцій, за якими той чи інший державний орган можна визнати правоохоронним [4, 2].

За визначенням П. В. Онопенка правоохоронні функції держави — це об'єктивно зумовлені її охоронними правовими потребами і сутністю державної влади однорідні, стійкі напрямки діяльності із задоволення цих потреб. Таким чином, основою формування правоохоронних функцій він вважає «необхідність задоволення охоронних правових потреб, які, у свою чергу, породжуються загально-соціальними потребами». Внутрішніми правоохоронними функціями держави при цьому називаються такі: функція охорони прав та свобод особи; функція забезпечення правопорядку. Зовнішніми правоохоронними функціями цей автор називає: участь України в охороні прав і свобод особи на міжнародній арені; участь України у підтримці міжнародного правопорядку [5, 9–10].

Інші вітчизняні автори також вказують, що у законодавстві України «немає чітких і однозначних дефініцій понять «правоохоронна діяльність» та «правоохоронні органи», відсутні нормативно визначені критерії, за якими певну діяльність чи органи можна вважати правоохоронними» [6, 5]. На думку О. В. Ковальського, в літературі «нечітко визначено» ознаки правоохоронної діяльності, не розмежовуються поняття спеціальної та загальної правоохоронної діяльності, судової та правозахисної діяльності. Цей автор відзначає, що широке застосування поняття правоохоронної діяльності у правовій та соціально-політичній літературі не привело до його обґрунтування та чіткого визначення відповідних ознак, хоча вітчизняне законодавство про статус правоохоронних органів, функції, завдання та конкретні напрями їх діяльності та повноваження є досить розвиненим [7, 8].

Як відзначає В. Г. Фатхутдінов, проблема правоохоронної діяльності як аспекту державного управління та засобу гарантування прав громадян досі «не стала предметом комплексного дослідження», оскільки «наукові ідеї окремих вчених були присвячені таким складовим проблемам правоохоронної діяль-

ності, як функції цього виду діяльності, забезпечення законності та правопорядку у правоохоронній діяльності, її завдань, структури та мети». Водночас, як констатує цей автор, аналіз правоохоронної діяльності потребує на виокремлення загальних соціальних проблем, вирішення яких має не лише правовий характер. До таких факторів він відносить проблеми юридичної та фактичної рівності, співвідношення об'єктивного і суб'єктивного у праві і «одночасне бажання підкорятися закону і робити суб'єктивні винятки» [8, 13].

Водночас низка вітчизняних авторів робить спроби надати власні визначення правоохорони. Так, В. М. Безчастний визначає правоохоронну діяльність, як державну діяльність, що здійснюється з метою охорони права спеціально уповноваженими органами шляхом застосування юридичних заходів впливу у суворій відповідності із законом та неухильному дотриманні встановленого ним порядку. Цей дослідник стверджує, що така діяльність по своєму змісту не є односложною, вона включає до себе декілька конкретних напрямів, кожне з яких має власні специфічні задачі та реалізується власними методами [9, 8].

Інший вітчизняний теоретик, А. С. Васильєв, характеризує правоохоронну діяльність як державну та громадську діяльність, спрямовану на охорону громадських відносин, які регулюються правом, спеціально уповноваженими на то органами шляхом застосування юридичних заходів впливу на порушника у відповідності із вимогами матеріального та процесуального закону [10, 5].

В. М. Дубінчак визначає правоохоронну діяльність як активну форму поведінки уповноважених суб'єктів з можливістю застосування встановлених законом примусових засобів, що націлена на охорону та захист (відновлення, профілактику порушень) прав, свобод і законних інтересів осіб, та реалізує правоохоронну функцію держави [11, 15]. Д. П. Фіолевський характеризує правоохоронну діяльність як правомірну діяльність визначених державою органів та посадових осіб по охороні, захисту та відновленню конституційних прав і свобод засобами та шляхом, передбаченими у законі [12, 102].

На думку В. Г. Фатхутдінова правоохоронна діяльність має соціальну природу та сутність, що зумовлюється її здійсненням у суспільстві, соціальною природою її суб'єктів, способом сумісної життєдіяльності людей та факторами, що визначають її суспільну корисність і ефективність. При цьому соціальна необхідність правоохоронної діяльності зумовлена причинами соціалізації людини та її індивідуалізації, а також способом спільної життєдіяльності. Це спричинило об'єктивну необхідність у особливому різновиді соціальної діяльності — діяльності по управлінню соціальним співтовариством як єдиним цілим, одним з аспектів якого є правоохоронна діяльність. Соціальна природа правоохоронної діяльності надає можливість визначити її, з одного боку, в якості особливого різновиду соціальної діяльності, а з іншого — особливого державно-правового різновиду соціального управління [8, 13].

Природа та сутність правоохоронної діяльності розуміється окремими вітчизняними науковцями як органічна єдність її сутнісних характеристик. До таких характеристик вони відносять: систематичну роботу по охороні правопорядку, здійснюваної у певних формах та видах, що є нормативно визначеними

та регламентованими (гносеологічна сутність); роботу по охороні інтересів соціального класу за допомогою різноманітних, у тому числі і силових засобів (класова сутність); засіб забезпечення правового панування ідей правлячої (пануючої) релігії та поєднання релігійних постулатів і політичних положень (релігійна сутність); спосіб забезпечення національного розвитку, національної єдності та охорони національних інтересів і самобутності пануючого національного соціуму (національна сутність); засіб гарантування рівних можливостей суб'єктів права та охорони загальнолюдських цінностей (загальносоціальна сутність) [11, 15].

В. Т. Маляренко під головною ознакою правоохоронної діяльності розуміє її властивість охороняти права фізичної або юридичної особи публічно встановленими процедурами, тобто публічний характер такої діяльності. Цей автор характеризує соціальну цінність такої діяльності у позитивному впливі на правову поведінку людини (груп людей) за допомогою використання дозволів, приписів, заборон або реалізації юридичної відповідальності. До інших ознак правоохоронної діяльності він відносить її процедурний характер та статусну (професійну) ознаку особи, яка є вповноваженим державою суб'єктом такої діяльності [13, 134].

На думку фахівців Донецького юридичного інституту, правоохоронній діяльності притаманна взаємодія між державними органами різних гілок влади — законодавчої, виконавчої та судової, але незважаючи на множинність її суб'єктів, така діяльність має єдиний, цілісний характер. Правоохоронна діяльність визначається як державна правомірна діяльність, що полягає у впливі на поведінку людини або групи людей з боку вповноваженої державою посадової особи шляхом охорони права, відновлення порушеного права, припинення або розгляду порушення права, його виявлення, розслідування з обов'язковим додержанням установлених у законі процедур для цієї діяльності [9, 34].

Як відзначає Й. І. Горінецький, об'єктами правоохоронної діяльності в сучасній державі виступають: невід'ємні (природні) права і свободи людини та права людини у позитивістському розумінні (суб'єктивне право і законні інтереси); основи конституційного ладу, в тому числі основи суспільного і державного ладу, визначені конституційними нормами, та основи місцевого самоврядування; режим законності у суспільстві; правопорядок як стан суспільних відносин; питання безпеки особи, суспільства і держави; стан правосвідомості і правової культури в суспільстві [14, 6].

Не можна не погодитися із ствердженням про те, що за кількістю суб'єктів та вагою у державі правоохоронна діяльність посідає значне місце і постійно привертає увагу органів влади, політичних партій, засобів масової інформації, громадськості. Як влучно констатують вітчизняні автори, правоохоронна діяльність як багатоаспектна діяльність спрямовується політичними та управлінськими засобами на блокування соціальних відхилень, локалізацію соціальної напруги або правових конфліктів. Водночас складна система правоохоронної діяльності реалізується у різних типах правозастосовних дій: правовстановлюючих, правозабезпечуючих, правопримувальних та правовідновлюючих [7, 9].

Окремі автори, зокрема В. М. Дубінчак, велику увагу приділяють аспектам часового виміру правоохоронної діяльності. Так, цим автором робиться вказівка на процесуальність правоохоронної діяльності, що, з однієї сторони, являє собою засіб її реалізації, що здійснюється у чітко визначених процесуальних формах, а з іншої сторони є засобом гарантування офіційності, організованості та послідовності всієї правоохоронної діяльності. Цей дослідник також пропонує періодизацію правоохоронної діяльності, але відзначає, що вона «може бути здійснена лише умовно, що має орієнтовний характер», та виділяє попередню, центральну та заключну групи її стадій [11, 14, 16].

Узагальнивши визначення правоохоронної діяльності в сучасних енциклопедіях, Е. В. Третьяк зауважує, що ці визначення «здебільшого не дозволяють відокремити правоохоронну діяльність від правозахисної, правозастосовчої, контролюючої форм діяльності». Цей автор констатує відсутність чіткого розуміння змісту та особливих ознак правоохоронної діяльності в Україні та вказує, що досліджені ним визначення «здебільшого не дозволяють відокремити правоохоронну діяльність від правозахисної, правозастосовчої, контролюючої діяльності» [15, 29].

Правоохоронна діяльність може бути класифікована на окремі самостійні різновиди за такими критеріями: в залежності від суб'єктів правоохоронної діяльності; в залежності від характеру дій суб'єктів правоохоронної діяльності; в залежності від впливу на суспільство (стабілізуюча та динамічна); в залежності від характеру юридичних фактів, що спричиняють правоохоронну діяльність (регулятивна та охоронна); в залежності від часу здійснення правоохоронної діяльності (поточна та надзвичайна); в залежності від сфери правоохоронної діяльності (загальна, відомча та місцева) [11, 15].

Водночас Е. В. Третьяк пропонує «виокремити характерні функціональні ознаки правоохоронної діяльності як особливої форми державної діяльності, яка відрізняється від судової та правозахисної діяльності» та визначає правоохоронну діяльність «як державну процесуальну діяльність, спрямовану на захист прав і законних інтересів держави, суспільства, юридичних та фізичних осіб, що здійснюється в рамках законності та полягає у легальному обмеженні прав різних категорій суб'єктів» [15, 31].

Інший вітчизняний автор, В. Воловик, вказує, що правоохоронну діяльність часто не вирізняють серед судової, правозахисної, фіскальної; та що «чітко не визначено зазначених понять і в науковій юридичній літературі, де нерідко правоохоронними органами вважають також адвокатуру, нотаріат, третейські суди тощо» [16, 4]. В. Г. Фатхутдінов змішує категорії правоохорони та правозахисту, висловлюючи необґрунтовану, на наш погляд, думку про те, що «розрізняють правоохоронну діяльність у широкому значенні як діяльність суб'єктів, націлену на забезпечення прав і свобод людини, закріплених у міжнародно-правових документах (правозахисна діяльність), та у вузькому значенні як діяльність держави чи її органів по забезпеченню і охороні прав і свобод, закріплених національним законодавством (суто правоохоронна діяльність)» [8, 17].

Невизначеність категорії правоохоронної діяльності А. С. Васильєв, наприклад, обґрунтовує виникненням самої доктринальної категорії «правоохоронна діяльність» лише у 50–60-х рр. XX ст. [10, 5]. Розуміння правоохоронної діяльності радянського періоду дійсно було своєрідним; так, окремі науковці радянського періоду під правоохоронною діяльністю розуміли правосуддя, охорону громадського порядку, розслідування злочинів, захист прав і інтересів, правову роботу, громадянську правоохоронну діяльність [17, 5]. На жаль, таке розуміння правоохорони досі негативно впливає на вітчизняну доктрину. Наприклад, О. М. Бандурка у 1999 р. також підкреслював, що «основним у правоохоронній діяльності є правосуддя» [18, 8].

Актуальним питанням стає розуміння у сучасній правовій доктрині функціональності правоохоронної діяльності. У цьому контексті, зокрема, Й. І. Горінецький розглядає правоохоронну функцію держави як самостійний і пріоритетний напрям державної політики, котрий за допомогою юридичних засобів здійснюється для досягнення такого соціального ефекту, як захист права загалом, основ конституційного ладу, в тому числі прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина та інших об'єктів, зміцнення законності і правопорядку, і одночасно виступає правовою формою досягнення інших цілей суспільства і держави [14, 6]. Водночас М. І. Мельник визначає правоохоронні функції, як функції, здійснення яких спрямовано на виконання завдань з охорони правопорядку (закріпленого в нормах права порядку суспільних відносин) шляхом застосування примусових заходів [19, 23].

Інші автори вважають, що правоохоронні функції або завдання, як правило, залежать від участі того чи іншого органу в охороні (підтриманні) правопорядку — об'єктивної необхідності розвитку держави і суспільства, забезпечення якої має відбуватися у межах законності, шляхом повсякденного додержання, виконання, використання, застосування норм права учасниками правових відносин [15, 88]. Ю. А. Лапутіна називає правоохоронну функцію однією з невід'ємних функцій держави та зазначає, що від рівня її забезпеченості юридичними, інтелектуальними, матеріально-технічними ресурсами залежить як ступінь захищеності людини та суспільства, так, значною мірою, і перспективи розвитку самої держави. Вона констатує, що правоохоронна функція виступає як одна з функцій, від успішної реалізації якої залежить стан існування держави, вона реалізується різними суб'єктами, в діяльності деяких з них саме правоохоронна спрямованість є вирішальною як з точки зору мети, так і щодо завдань, форм, повноважень, сил, засобів та ін. [20]. У цьому контексті можна навести ознаки правоохоронної функції держави, виокремлені Й. І. Горінецьким:

- правоохоронна функція є державною політикою, а не епізодичною чи несистемною діяльністю;
- правоохоронна функція держави заснована на законі;
- правоохоронна функція здійснюється за допомогою юридичних і організаційних засобів;
- правоохоронна функція спрямована на об'єкти, склад яких залежить від

етапу розвитку суспільства і від політичних факторів, що визначають напрями правоохоронної діяльності;

— правоохоронна функція, її зміст органічно пов'язані з правом та праворозумінням у суспільстві;

— правоохоронна функція безпосередньо опирається на можливість застосування державного примусу;

— у правоохоронній функції держави найбільш чітко виражається нерозривний зв'язок держави і права, їх взаємовплив [14, 7–8].

Отже, можна дійти таких висновків. Філософсько-правове розуміння правоохоронної функції держави у вітчизняній правовій доктрині ще не сформовано; водночас загальнотеоретичні роботи у цій сфері спрямовані насамперед на дослідження питань феномена правоохоронної діяльності. Сучасне доктринальне розуміння правоохоронної діяльності має виключне значення для вітчизняної правової реальності саме у контексті проблематики визначення змісту та спрямованості правоохоронної функції держави. При цьому сама концепція правоохоронної діяльності, як змістовного зосередження правоохоронної функції держави, на сьогодні є достатньо розмитою; пострадянський підхід до обсягу, суб'єктності, завдань та функцій правоохоронної діяльності ускладнює констрування відповідного теоретичного концепту.

Водночас поглиблений аналіз відповідної проблематики має стати підґрунтям для нових, насамперед філософсько-правових, досліджень. Зокрема, це має бути характеристика правоохоронної функції держави з позицій аксіологічного та антропологічного підходу та філософії держави і державної влади взагалі.

### Література

1. Філософія права : [навч. посіб.] / О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заїнчковський [та ін.] ; [за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля]. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — 336 с.
2. Радченко О. В. Інституційна взаємодія пародопладдя та органів державної влади у виборах : дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.01 / О. В. Радченко. — Х., 2004. — 216 с.
3. Рикёр П. История и истина : [пер. с фр.] / Поль Рикёр. — СПб. : Алетейя, 2002. — 400 с.
4. Бондаренко І. В. Органи внутрішніх справ в системах правоохоронних органів України, Російської Федерації та інших зарубіжних країн: теоретичні аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / І. В. Бондаренко. — К., 2004. — 24 с.
5. Онощенко П. В. Правоохоронні функції української держави: зміст і реалізація : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / П. В. Онощенко. — К., 2005. — 16 с.
6. Реформування системи правоохоронних органів України та міжнародний досвід трансформації поліції в країнах Центральної та Східної Європи : матеріали круглого столу (Київ, 14 жовт. 2005 р.) // Стратегічна панорама. — 2005. — № 3. — С. 2–6.
7. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України : навч. посіб. / [В. С. Ковальський, В. Т. Білоус та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 320 с.
8. Фатхутдінов В. Г. Правоохоронна діяльність: природа, сутність, гуманізм (теоретико-правові та методологічні аспекти) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. Г. Фатхутдінов. — К., 2006. — 19 с.
9. Судопі та правоохоронні органи України : навч. посіб. / [В. М. Бессчастний, В. В. Пашутін, Б. В. Бабін та ін.]. — К. : Знання, 2007. — 286 с.
10. Судебные и правоохранительные органы Украины : учеб. пособие / под ред. А. С. Васильева, Е. Л. Стрельцова. — Х. : Одиссей, 2006. — 304 с.
11. Дубінчак В. М. Правоохоронна діяльність: сутність, суб'єкти, засоби забезпечення (теорети-

- ко-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. М. Дубінчак. — К., 2010. — 21 с.
12. Фиолеский Д. П. Судебная власть и правоохранительная система Украины : учеб. пособие / Д. П. Фиолеский. — Донецк : Донеччина, 2003. — 272 с.
13. Маляренко В. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України : підручник / В. Маляренко. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 375 с.
14. Горінецький Й. І. Правоохоронна функція держав Центральної Європи: теоретичні і практичні аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Й. І. Горінецький. — К., 2005. — 23 с.
15. Феномен правоохоронних програм у правовій системі України : [монографія] / В. В. Бабін, В. О. Кроленко, Е. В. Третьяк. — Донецьк : Каштан, 2010. — 137 с.
16. Воловик В. Формула перетворень // Дзеркало тижня. — 2005. — 3 9 груд. — С. 4.
17. Семенов В. М. Правоохранительные органы в СРСР : учебник / В. М. Семенов. — М. : Юрид. лит., 1990. — 400 с.
18. Судебные и правоохранительные органы Украины : учебник / под ред. А. М. Бандурки. — Х. : УВД, 1999. — 350 с.
19. Мельник М. І. Правоохоронні органи та правоохоронна діяльність : навч. посіб. / М. І. Мельник, М. І. Хавронюк. — К. : Атіка, 2002. — 576 с.
20. Лапутіна Ю. А. Законодавче забезпечення правоохоронної функції держави: методологічні аспекти вдосконалення [Електронний ресурс] / Ю. А. Лапутіна. — Режим доступу : <http://www.niis.gov.ua/vydanna/papogama/>

### Анотація

**Буюкли В. І.** Образ правоохоронної функції у сучасній теорії та філософії права. — Стаття.

У статті розглянуто аспекти правової доктрини України, що регламентують питання реалізації правоохоронної функції держави. Зроблено аналіз відповідних авторських позицій, узагальнено розуміння правоохоронної діяльності, у контексті реалізації правоохоронної функції держави.

**Ключові слова:** правоохоронна діяльність, правоохоронна функція держави, правова доктрина, соціальна діяльність, функціональність.

### Аннотация

**Буюкли В. И.** Образ правоохранительной функции в современной теории и философии права. — Статья.

В статье рассмотрены аспекты правовой доктрины Украины, регламентирующие вопросы реализации правоохранительной функции государства. Проведен анализ соответствующих авторских позиций, обобщено понимание правоохранительной деятельности в контексте реализации правоохранительной функции государства.

**Ключевые слова:** правоохранительная деятельность, правоохранительная функция государства, правовая доктрина, социальная деятельность, функциональность.

### Summary

**Buyukli V. I.** Shape of the legal defense function in the modern theory and philosophy of law. — Article.

The aspects of the legal doctrine of Ukraine, regalementing the points of the realization of the legal defense function of the state are looked at the article. The analysis of coherent authors' positions is made at, the understanding of the legal defense activities category is communed at in the context of the realization of the legal defense function of the state.

**Keywords:** legal defense activities, legal function of the state, legal doctrine, social activities, functionality.

## ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМАТИКА ПЕРІОДУ АНТИЧНОСТІ

Природно-правова доктрина античності стає вагомим підґрунтям для вивчення суспільно-правових відносин на протязі всього розвитку сучасної цивілізації. Вона включає в себе дослідження сутності, природи влади, держави, права особливості їх розуміння і призначення для людини. Особливістю розуміння права є те, що воно впливає з сутності людини, формується в результаті діяльності людини, спрямованої на впорядкування суспільних відносин, і є необхідним для нормального функціонування суспільства і держави. Загальною ціллю нашого дослідження є розкриття зв'язку між розумінням влади, держави, права у Платона і Арістотеля. Актуальність дослідження обумовлена впливом світоглядних настанов античності на правову сучасну парадигму. Дослідженню цієї проблеми присвячені праці багатьох учених, таких як В. Ф. Асмус, Ж.-П. Вернан, В. А. Гуторов, О. Ф. Лосев, М. К. Мамардашвілі, В. А. Подорога, Д. А. Керімов.

Мислителі античності зробили виключно важливий вклад у справу розвитку філософсько-правових вчень. Виникнення філософської думки в Греції — це період зародження нового політичного і правового порядку. Новий політичний і правовий порядок в силу свого характеру вже не міг спиратися на авторитет традицій. Нові суспільні стосунки вже спираються не на традиції і божественну владу, а ґрунтуються на законах і рішеннях народних зібрань. Колишні форми влади були для людей святі, оскільки ґрунтувалися на міфологічних уявленнях і релігійному почутті. Нові ж втрачали таку перевагу і тому повинні були знайти собі виправдання в принципах, що даються розумом і моральною свідомістю. Виникає необхідність розглянути розумні основи суспільних стосунків, розкрити загальні принципи права, засновані на розумі, є основним завдання філософів того часу.

Звернемось до Платона. За часів, коли він жив, грецька полісна цивілізація вже повільно хилилася до занепаду. Платон дійшов висновку, що втримати її від розпаду можна тільки дисциплінарними заходами надзорного законодавства. Будучи носієм авторитарного мислення, він вважав, що людина не має права жити для себе, а зобов'язана існувати тільки для держави і загального блага. В уяві Платона люди за своєю природою слабкі, злі й порочні. Він пише: «...уявімо собі, що ми, живі істоти, — це чудові ляльки богів, зроблені ними або для забави, або з якоюсь серйозною метою: адже це нам невідоме; але ми знаємо, що внутрішні наші стани, про які ми говорили, наче мотузки чи нитки, тягнуть нас кожен у свій бік і, оскільки вони протилежні, спонукають нас до протилежних дій, що і служить розмежуванням доброчесності і пороку. Згідно з нашим міркуванням, кожний повинен постійно слідувати тільки одному з потягів, ні в чому від нього не відхиляючись і протидіючи іншим ниткам, а це і є золоте і священне керівництво розуму, зване загальним законом

держави» [2, 644e]. Необхідно мати детально розроблене, ефективне законодавство, яке б всебічно регламентувало людське існування, аж до духовного життя й інтимних відносин. Закони покликані по можливості нейтралізувати суспільство від їх руйнівних виявів. Боги є джерелом влади.

Досконалу державу він уявляв собі таким чином: «В державі, яка має бути ідеально побудована, жінки повинні бути спільними, діти спільними, виховувати їх потрібно усіх разом, так само і заняттям на війні й за мирного часу належить бути спільними, а царями над ними повинні бути ті, які найкращі у філософії і військовій справі» [2, 543a]. Правителями можуть бути тільки філософи. Для правителів і воїнів істотне володіння ідеєю блага: «Ти вже не раз чув, ...що найважливіше знання — це ідея добра, і що завдяки їй справедливність і все інше стають тим, що потрібне і корисне» [2, 505a]. Мислитель схилився до того висновку, що воля богів як джерело влади опосередковується розумом людини.

У Платона все освітлюється наївним комуністичним ідеалом: відсутність у воїнів якої-небудь власності [2, 416e], спільність дружин і дітей: «Всі жінки повинні бути спільною власністю, а окремо нехай ні одна ні з ким не живе разом. І діти теж повинні бути спільними, і ані батько не повинен знати своїх нащадків, ані діти батька» [2, 457d]. Первісним джерелом цих поглядів Платона є відомі піфагорійські правила «у друзів все загальне і дружба є рівністю», «володіти майном гуртом, без його поділу» та ін.

У досконалій державі панує справедливість, про яку Платон пише так: «Законові йдеться не йдеться про ошчасливлення одного якогось людського стану, щоб йому в державі велося краще, ніж іншим; закон має на меті утвердження добробуту для цілої держави; то силою, то переконанням згуртовуючи громадян, він робить так, щоб вони одні одним приносили користь настільки, наскільки кожен спроможний бути корисним для спільного добра. Закон сам витворює таких мужів не для того, щоб потім дозволити їм розбрідатися куди хто захоче, але для того, щоб послуговуватись ними для зміцнення держави» [2, 519e–520a]. У досконалій державі має місце верховенство закону: «Я бачу загибель тієї держави, де закон не має сили й перебуває під чиеюсь владою. А там, де закон — володар над правителями, а вони його раби, я вбачаю порятунок держави та всі блага, що їх можуть дарувати державам боги». Справедливі закони відповідають волі богів.

У державі Платона нероздільно панують принципи тотального контролю, нагляду, дисципліни і суворості. Тут немає і мови про свободу вибору і моральність автономії. Доля людини — бути маріонеткою в руках влади. «Завжди, — і на війні й у мирний час — треба жити, постійно озираючись на начальника і виконувати його вказівки» [3, 942b]. Людину треба карати за будь-який вчинок, що відхиляється від норми: «Взагалі ніхто ніколи не повинен залишатися безкарним за жоден вчинок, навіть якщо той, хто його вчинив, втік за межі держави» [3, 855c]. Але такий порядок, вважає філософ, має виправдання: закони виражають вимоги божественної, космічної необхідності і несуть людям одне лише благо.

Платон визнає за правителями право у разі потреби вдаватися до брехні: «Наші правителі будуть змушені досить часто вдаватися до брехні й одурювання задля користі своїх підлеглих. Ми ж уже якось і говорили про те, що як лікувальні, все це може бути корисним» [2, 459 c-d].

Платон згоден з тим, що демократія має свої переваги: «...в демократичній державі лиш і чути, що воля — понад усе, і що тільки в такій державі годиться жити людині вільній за своєю природою» [2, 562c]. Проте, пише він, «коли демократичну державу, яка має спрагу волі, очолять кепські виночерпії, ця держава понад міру впливається нерозвешеною волею, а своїх урядовців, якщо вони недостатньо поблажливі й не дають їй повної волі, переслідує карами, закидаючи їм, що вони мерзотники й олігархи» [2, 562d].

Віра Платона в благість влади дивним чином поєднувалася у нього з глибиною його метафізичного прозріння. Так, з ім'ям Платона виявилися пов'язаними як виникнення і розвиток піднесеної європейської метафізичної філософії, так і розвиток європейського, аж ніяк не гуманного утопізму.

Ми завжди у сучасній епосі шукаємо сліди минулого. Система, побудована на теренах СРСР і всього соціалістичного табору, — це певною мірою реалізація платонівської ідеалізації, що вдалася, тобто що розтяглася на десятиріччя. Але філософ у своїх міркуваннях не враховує однієї істотної обставини: ціна, якою досягається ідеальний правопорядок, суперечить людській суті, невикорінний тязі особистості до етичної автономії. Жорстокість авторитарного режиму згубна для культури. Набагато продуктивніше шлях єдності суспільної і особистої, яким пробував йти Арістотель.

Арістотель помітно відрізнявся від своїх попередників. Це був тверезий і суворий філософ-раціоналіст, що обґрунтовував свої ідеї за допомогою теоретичних аргументів, а не міфів. Будучи реалістом, а не утопістом, він цікавився насамперед природними і соціальними основами владних відносин.

Такою основою для Арістотеля виступає людина, яка наділена особливою, «політичною» природою і розглядається як «політична тварина», об'єктивне начало всіх політичних явищ. Він писав: «...держава належить до того, що існує за природою, і людина (за своєю природою) є істота політична... Ця властивість людей відрізняє їх від інших живих істот: тільки людина здатна сприймати такі поняття, як добро і зло, справедливість і несправедливість тощо. Сукупність усього цього і складає основу сім'ї та держави» [1, 1253a]. Звідси і його постулат, що держава — передусім організація людей, але не всіх, а лише тих, хто може брати участь у законотворчій, військовій і судовій діяльності, тобто громадян. Отже, держава, що виникла природним шляхом як найвища форма спілкування, — це «самодостатня для існування сукупність громадян».

Саму державу мислитель визначав таким чином: «...всяка держава є певне об'єднання, а будь-яке об'єднання утворюється для певного щастя. Адже всі діють заради того, що вважають достойним життям, тож вочевидь об'єднання прямують (у своїй діяльності) до певного щастя. До найбільшого і найвищого з усіх благ, власне, прямує те об'єднання, що є найголовнішим і охоплює решту

об'єднань. Саме воно називається державою або політичним об'єднанням» [1, 1252a].

Подібно до Платона, Арістотель вважає, що людська природа недосконала, що пристрасті часто вириваються з-під контролю розуму, штовхаючи людей до пороків і злочинів. Тому потрібна держава. Суспільство не може існувати без держави, вона є необхідною формою спільного життя людей. Люди об'єднуються в державу, щоб не допускати несправедливості і досягати блага. Держава повинна за допомогою розумних законів належним чином виховувати громадян. Адже мета і значення людського буття полягає не в пошуках насолоди, а в добродійному і законотворчому існуванні. Бути добродійним означає слідувати розпорядженням розуму. Подібно до Платона, Арістотель також тяжіє до визнання джерелом влади поряд з богами людину та її розум.

Законодавство для філософа — виключно політична діяльність, невід'ємна частина політичного процесу, а політичне правління — це правління законів, а не людей. Якщо закони — явище політичне, то будь-які політичні інституції повинні мати правовий характер. Політична якість закону як «урівноваженого розуму» визначається його відповідністю політичній справедливості та ідеї права, а політичні якості «доброї людини» залежать від інтелектуальних та етичних (вольових) чеснот, які набуваються і збагачуються шляхом політичного виховання та законами, що поєднують авторитет розуму і духовної сили. Насильство суперечить ідеї права. Проте навіть держава неспроможна контролювати людську природу. Не в її силах виховати абсолютно досконалих громадян. Правителі повинні бути досить розумними для того, щоб громадяни корилися законам держави.

Для Арістотеля є надзвичайно важливим питання про найкращий державний устрій, тобто «впорядкування держави, пов'язане з державною владою взагалі, й переважно з верховною владою» [1, 1278a]. Значення даного питання визначається тим, що «... в усякій державі питання про владу мусить узгоджуватися з формою державного устрою» [1, 1283b]. Держава для нього — це множина елементів, що входять до її складу. Але елементи не повинні і не можуть бути однаковими. Держава повинна складатися з різноякісних елементів. Прагнення перетворити її на моноліт такою мірою, як того вимагає Платон, згубно для її членів і для неї самої. Держава, де все уніфіковане і все загальне, постійно знаходиться під загрозою різноманітні внутрішніх конфліктів.

На думку Арістотеля, нелегко жити разом і спільно володіти громадською власністю. На людей незмінно будуть чекати ті або інші розбіжності, подібно до того, як в мандрівних компаніях часто через дрібниці виникають сварки. Прагнути до єдності треба, але це повинна бути відносна, а не абсолютна, не тотальна єдність. Не треба замінювати гармонію на унісон. Якщо досягнута єдність зайде надто далеко, то держава перетвориться на найгіршу з держав. Арістотель зазначає: «Зрозуміло, що і держава не може набувати такої єдності, як того вимагають деякі особи, вважаючи це величезним щастям; навпаки, це згубить її» [1, 1261b].

У «Політиці» під державним устроєм Арістотель розуміє чіткий порядок в галузі державних посад загалом і, в першу чергу, верховної влади. Верховна влада може знаходитись в руках одного, небагатьох чи більшості. Влада може здійснюватись в загальних інтересах чи виключно в інтересах правлячих осіб. Відповідно до цих двох критеріїв Арістотель виділяє три правильні форми державного устрою, тобто «ті, які спрямовують до загального щастя» [1, 1279a]. Це, по-перше, монархія (влада одного, що має на увазі загальну користь); по-друге, аристократія (влада небагатьох, що правлять для загальної користі); по-третє, політія (правління більшості для загальної користі). Цю останню філософ вважає найкращою формою державного устрою [1, 1265b]. Їм протистоять три неправильні форми: перша — тиранія (влада одного, що має на увазі власний зиск); друга — олігархія (правління заможних громадян, що піклуються лише про власні інтереси); третя — демократія (правління незаможної більшості в ім'я своїх інтересів).

Мислитель підкреслює відмінність між владою господаря дому над рабами і владою державця над громадянами: «...влада господаря дому і державця — не однакові поняття, зрештою, як і всі види влади. Адже влада над вільними за своєю природою — одне, влада над рабами — інше. Влада господаря у сім'ї — влада однієї людини, монархія... Влада державця — це влада над вільними і рівними» [1, 1255b].

Розмірковуючи про відмінності між демократією та олігархією, Арістотель намагається також ввести «економічний» критерій, який явно суперечить кількісному критерію. Виходить, що влада заможної більшості буде олігархією, а влада навіть найнезначнішої групи незаможних осіб — демократією.

Дещо інакше представлено цю класифікацію у восьмій книзі «Нікомахової етики». Там тиранія, олігархія й демократія постають не стільки як самостійні форми правління, скільки як перекручення правильних форм. Досить чітко проводиться ідея історичного переходу правильних форм правління в їх протилежності — ідея, котру у «Політиці» філософ проводить вельми обережно.

Якщо у «Політиці» Арістотель, відзначивши, що ідеальним було б правління ідеального царя, проте через рідкість таких випадків віддає політії абсолютну перевагу, то в «Етиці» він безумовно називає найкращим правлінням царську владу.

Нарешті, у «Риторичі» Арістотель пропонує ще одну класифікацію, засновану на способі формування вищих органів влади та цілях, які переслідує та чи інша форма правління. В демократії верховна влада формується жеребкуванням. Мета демократії — свобода. В олігархії верховна влада формується відповідно до майнового стану громадян. Мета олігархії — багатство. Верховна влада в аристократії формується відповідно до виховання громадян. Мета цієї форми правління — виховання й законність. Монархія — влада одного, що поділяється на два види. Під царюванням розуміють єдиновладдя, що відповідає встановленому порядку, а під тиранією — необмежене єдиновладдя. Обминаючи питання про мету царювання, Арістотель оголошує метою тиранії захист.

Найкраще правління може здійснюватись тільки найкращими людьми. Якщо держава — особливого роду спілкування, що має на меті щасливе й чудове життя, то не викликає сумніву, що «тим, хто вкладає більшу частку для такого спілкування, належить брати в державному житті й більшу участь, аніж тим, хто, будучи рівним з ними і навіть перевершуючи їх у відношенні вільного і шляхетного походження, не можуть зрівнятися з ними у державній доброчесності, або тим, хто, перевершуючи багатством, не у змозі перевершити їх у доброчесності».

З усіх реально існуючих видів державного устрою Арістотель віддає перевагу політії, хоча і не вважає її ідеальною. Соціальною опорою політії мусить бути середній клас. Це громадяни, що є достатньо заможними, але не доходять у своєму багатстві до забуття доброчесності. Представники середнього класу більше підкоряються аргументам розуму, ніж пристрастям, які породжуються жадобою чи, навпаки, відчуттям свого приниження. Вони цілком можуть виступати посередниками у конфліктах багатих і незаможних, від яких не гарантована жодна держава.

Важливий внесок Арістотеля до теорії влади — його вчення про три частини державного устрою. Він виділяє: по-перше, законодавчий орган, який розглядає справи держави, по-друге, посади і, по-третє, судові органи. «Законодавчий орган уповноважений вирішувати питання про війну та мир, про укладення й розривання союзів, про закони, про смертну кару, про вигнання, про конфіскацію майна, про обрання посадових осіб та їх звітність». Посадові особи займаються вирішенням решти питань за дорученням законодавчого органу. Кількість та обсяг повноважень посадовців, а також способи заміщення посад завжди повинні залежати від розмірів держави і від прийнятої у ній форми державного правління.

Обговорюючи питання про судові органи, Арістотель виділяє вісім видів судів: (1) суд для прийняття звітів від посадових осіб; (2) суд над тими, хто заподіяв шкоду державі; (3) суд з приводу державних злочинів; (4) суд для розбирання позовів щодо штрафів; (5) суд з приводу крупних торговельних угод; (6) суд у справах про вбивства; (7) суд у справах за участю іноземців; (8) суд у дрібних торговельних угодах. При формуванні судів Арістотель рекомендує поєднувати принцип виборності та принцип призначення шляхом жеребкування.

Вчення Арістотеля було певним підсумком розвитку правової та політичної філософії у Стародавній Греції.

Підіб'ємо підсумки. Філософія Платона і Арістотеля — це той період античної філософії, який іменується «філософією класичної Греції». Не випадково вона згодом справила величезний вплив на європейську філософсько-правову і політичну думку. Класичній природно-правовій доктрині притаманні гносеологізм та логоцентризм, визнання підконтрольності розуму. В наш час проходить складний процес утворення нового світогляду та стилю мислення, але треба особливо підкреслити, що класичне мислення не відійшло в минуле одразу, воно притаманне світоглядній свідомості і сьогодні. У сьогоднішньому

світі воно існує поруч з неklasичним розумінням феноменів людського буття, зокрема феноменів влади, права, держави.

### Література

1. Арістотель. Політика / Арістотель. К. : Аквілон-плюс, 2003. 239 с.
2. Платон. Законы // Сочинения : в 3 т. / Платон. М. : Мысль, 1972. Т. 3, ч. 2. С. 83–478.
3. Подорога В. А. Феномен власти // Философские науки. — М., 1993. — № 1–3. — С. 44–55.

### Анотація

**Капустіна Н. Б.** Філософсько-правова проблематика періоду античності. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду філософсько-правової доктрини античності. Ця доктрина стає вагомим підґрунтям для вивчення суспільно-правових відносин на протязі всього розвитку сучасної цивілізації. Стаття включає в себе дослідження Платоном і Арістотелем сутності, природи влади, держави, права, особливості їх розуміння і призначення для людини.

**Ключові слова:** античність, влада, держава, право.

### Аннотация

**Капустина Н. Б.** Философско-правовая проблематика периода античности. — Статья.

В статье рассматривается философско-правовая проблематика периода Античности. Философские идеи Платона и Аристотеля о праве, государстве и власти дают возможность понять, какое влияние оказали их представления на современную философию права.

**Ключевые слова:** античность, право, государство, власть.

### Summary

**Kapustina N.** Philosophical-legal range of problems of period of Antiquity. — Article.

The article is devoted to the philosophical ideas of Plato and Aristotle about a right, state and power give an opportunity to understand, what influence was rendered by their presentations on modern philosophy of right.

**Keywords:** Antiquity, right, state, power.

УДК 340.12

*А. І. Гелеш*

## ІНТЕГРАЦІЯ ГУМАНІСТИЧНИХ ІДЕЙ У ФІЛОСОФІЇ ПРАВА ХІХ–ХХ СТ.

З ХІХ століття термін «гуманізм» став одним з найбільш поширених в науковому середовищі для характеристики морально-соціальних якостей людини і людства. З цього часу у філософії права це поняття стає часто вживаним і виступає єдиним критерієм для позначення, розуміння та прийняття або неприйняття найбільш важливих і складних подій, ситуацій, дій. З іншого боку, у цей час мав місце значний розвиток позитивізму на фоні капіталізму, масових відкриттів у науці та техніці, що сприяло раціональному поясненню природного права. Пріоритети надавались етичним постулатам, моральним законам та імперативам, щоб доповнити позитивне право, причому існувала апріорність природного права, однак відкидалась його метафізична складова.

© А. І. Гелеш. 2012

У XX сторіччі крім соціальних потрясінь, пов'язаних із світовими війнами, на формування радикальної зміни у філософському осмисленні світу вплинули також розчарування щодо результатів використання науки і техніки, дисгармонія між соціальним та біологічним у людині, невиправданий оптимізм щодо її високої духовності. У філософії права ці зміни проявились у загостренні проблеми визнання чи невизнання природного права та у заглибленні в онтологію людини і природи. Для філософії права цього часу був характерний плюралізм, коли в системі взаємозв'язків між людиною, природою і суспільством актуалізувались нестандартні проблеми, які вимагали нестандартних рішень. Це торкалось, в першу чергу, розуміння та змістовного наповнення ідеї гуманізму, а також її реалізації в праві.

Розповсюдженою є думка, що терміни «гуманізм» та «Відродження» стосовно процесів витворення культури в житті Європи XIV–XVI століть з'явилися не одночасно з цими процесами, а через кілька століть завдяки зусиллям істориків та філософів. Щодо останніх, то багато чим ми зобов'язані швейцарському історикові Якобу Бурхгарду, автору книжки «Культура Ренесансу в Італії», який стояв біля витоків культурології як самостійної наукової дисципліни. Висловлюються міркування, що термін «гуманізм» у науковий обіг увів німецький педагог Фрідріх Нітхаммер у 1808 р., а після праці німецького історика Георга Фойгта «Відродження класичної давнини» у науці почалось широке обговорення історичного змісту і меж даного терміна. На думку спеціалістів, ця книжка досі не застаріла, оскільки є важливим збірником фактичних відомостей, що стосуються діяльності гуманістів в Італії. Однак саму авторську концепцію гуманізму наразі навряд чи хто-небудь поділяє у всій її повноті, оскільки він представлявся філософом як відродження класичної давнини. На думку ж Фойгта, без відродження античної освіченості гуманізм був би не можливий, адже його сенс і кінцева мета є злиття античного духу з християнським [6].

До середини XIX століття у західній філософській і культурній традиції поняття «гуманізм» асоціювалось, як правило, або з гуманізмом епохи Відродження, або з окремими культурними течіями. Одним з перших термін «гуманізм» у значенні певного погляду на життя й особистої філософії з'явився у датського філософа Г. Сібберна. У книзі «Про гуманізм» філософ критикував концепції відвертості та супранатуралізму. Відомий британський ліберальний філософ Д. Робертсон у книзі «Сучасні гуманісти» використав слово «гуманіст» для характеристики мислителів, що відстоювали право світського погляду на життя. Певна роль у поширенні нового значення поняття «гуманізм» належала відомому британському філософу-прагматичу Ф. Шиллеру. На початку XX ст. він використав це слово у заголовках своїх книжок «Гуманізм: Філософські есе» та «Дослідження гуманізму».

Ідея Шиллера застосовувати термін «гуманізм» у новому значенні була підтримана у США відомим філософом-прагматистом і педагогом Д. Дьюї. Філософ вважав, що під час формування правильних точок зору слід виходити з ідеї цілісності людської природи (симпатій, інтересів, бажань тощо), а не тільки

з інтелекту, логіки чи розуму. Однак складність праць самого Дьюї не дала змоги надати поняттю «гуманізм» широкого звучання у філософській літературі його часу. Поряд з цим, філософ надавав гуманізму значення технічного філософського терміна, пов'язаного з Шиллером, який додав гуманізму неналежний суб'єктивістський поворот. Бажання внести елементи людського бажання і мети, що не враховувалися в традиційній філософії, призвело до фактичної ізоляції людини від іншої природи. Дьюї дійшов до того, що називав власну позицію культурним або гуманістичним натуралізмом. Таким чином, не погоджуючись в окремих деталях з Шиллером, Дьюї все одно називає свій світогляд гуманістичним [11].

Передісторію сучасного гуманізму як суспільної ідейної течії умовно можна позначити періодом з середини XIX ст. до середини XX ст. Спочатку її суб'єктами були широкі рухи європейських вільнодумців, ліберальні релігійно-етичні організації, демократичні діячі культури і науки, теоретики франкфуртської соціологічної школи (Т. Адорно, М. Хоркхеймер), представники євромарксизму в Італії і Франції, видні представники екзистенціалізму (Н. Бердяєв, Л. Жердин, Ж.-П. Сартр, А. Камю, До. Ясперс). Важливе місце у цьому процесі займали також етичні спільноти, які паралельно формуванню світських суспільств з середини XIX ст. почали оформлятися в етичні рухи, які і на сьогоднішній день займають важливе місце в суспільних рухах в США [3].

У XX ст. все більшої ваги набував міжнародний гуманістичний рух, очолюваний Міжнародною академією Гуманізму, Міжнародним гуманістичним і етичним союзом та іншими авторитетними організаціями, що працюють в тісному контакті з ООН і ЮНЕСКО. Всі ці організації продовжують діяльність в напрямі, що сформувався в кінці XIX — початку XX ст. Серед лідерів цього руху були видатні люди свого часу: Ернст Геккель, Джуліан Хакслі, Джон Дьюї, Чарльз Пірс, Бертран Рассел, Альберт Ейнштейн і багато інших [2].

У філософії права висловлюються міркування, що у XIX–XX ст. домінуючою стає тематика кризи гуманізму і критика його основних положень, яка викликана сумнівами в здатності людини в умовах тогочасного суспільства залишатись вільним та автономним суб'єктом. Так Ф. Ніцше оголосив війну всьому занадто людському, вбачаючи в сучасності кінець християнської культури і перехід у світ надлюдини з її волею до влади. Хоча питання про відношення Ніцше до гуманізму залишається спірним. В XX ст. для романтично налаштованих критиків західної цивілізації гуманізм став причиною різкого зниження духовності, розриву з морально-релігійними та аристократичними цінностями. На думку М. А. Бердяєва, головним недоліком гуманізму є відрив людини від Бога, утвердження людинобожжя, що призвело до самознищення людини і вичерпання її творчих сил.

Французьким неотоміст Ж. Марітен охарактеризував гуманізм як поняття, яке відображає стан перетворення та оновлення суспільства, коли за допомогою відновлення трансцендентних засад людського життя досягається подолання процесів відходу людини від Бога. Реалізація такого гуманізму повинна сприяти функціонуванню християнської демократії, в якій релігія регулюва-

тиме на вищому рівні відносини між людьми та забезпечуватиме розвиток основних свобод. Основними принципами інтегрального гуманізму Ж. Марітен називав: утвердження основних цінностей особи, спільне співіснування людей у прагненні до реалізації громадянських благ, християнську теологічну спрямованість, котра приводить до єкуменічного зближення віруючих. Завдяки цим принципам суспільство повинно прийти до максимального розкриття людського потенціалу та реалізації свободи [9, 56].

Марітен відзначає, що у нових системах права після Руссо й особливо Канта філософія права стала наділяти індивіда всіма абсолютними й необмеженими правами Бога. Людина, як Бог у середньовічних схоластів, стала самодостатнім гарантом потрібного абсолюту: Природи, Розуму й Природного права. Тобто вже не Бог і не Природа, а людська Воля або людська Свобода стали тлумачитися як джерело природного права. Марітен цитує в цьому зв'язку Канта: «Особа підлягає тільки тим законам, які вона (сама або, принаймні, разом з іншими) для себе встановлює». Така гранично абстрактна версія природного права, підсумовує Марітен, «не створювала міцного теоретичного підґрунтя для прав людської особистості. Вона лише компрометувала ці права, спонукаючи людей сприймати їх як божественні самі по собі й, отже, такі, що не підлягають будь-якому об'єктивному виміру й виражають абсолютну незалежність людського суб'єкта й так званого абсолютного права. Коли ж людям, які повірили в це абсолютне право, доводилося всюди стикатися з обмеженнями, вони приходили до розчарування, скептицизму й нігілізму з приводу прав людської особистості. Велике поширення таких песимістичних настроїв, зауважує Марітен, стало одним із тривожних симптомів кризи європейської цивілізації» [12, 121].

Гуманістичну спрямованість мала також філософія Джорджа Сантаяни, основне завдання філософії повинне полягати не в поясненні світу, а у виробленні моральної позиції по відношенню до нього. Натуралістичний підхід до реальності, у тому числі до суспільства і моралі, розвивав відомий американський філософ-атеїст Ернест Нагель, який вважав, що цінність моральних норм залежить від їх збігу з реальними фізичними, біологічними і соціальними потребами, то моральна цінність ідеалу визначається його здатністю організовувати і направляти людську діяльність. Нагель говорив про себе як про матеріаліста і «контекстуального натураліста», його натуралізм включав такі здібності, як уява, ліберальні цінності та людська мудрість [11].

Радикальний гуманізм — це система поглядів американського філософа та психоаналітика С. Фромма, відповідно до яких людина може реалізуватися лише за умов відсутності підпорядкованості вищим силам, у чому полягає її негативна свобода. Відповідно до його вчення людина повинна бути орієнтована на боротьбу з пануванням над нею будь-яких ірраціональних сил. Ідейними натхненниками цієї позиції Фромм називав Фрейда, Маркса, Бахофена, іудейських пророків та Будду. Вчений стверджував наявність у ній і ідей позитивної свободи, що є нестерпною для людини, тому особистість неспроможна дійти до позитивної свободи та отримати свободу негативну. Порятунком вона знахо-

дить у втечі до нової залежності, що призводить до підкорення волі людини зовнішньому авторитету як самоцінності, що є характерним для тоталітарних режимів [9, 57].

Ідея гуманізму набуває особливого значення після Другої світової війни, коли було повернуто до природного права, що проявилось у застосуванні на Нюрнберзькому процесі поняття «злочин проти людства (людяності)», а також у створенні Організації Об'єднаних Націй, прийнятті Загальної декларації прав людини. Так, сьогодні найтяжчим злочином, для якого не існує строку давності, є саме злочин проти людства (людяності). Як справедливо зауважує П. Манан, це поняття сьогодні знаходиться в центрі наукових дискусій та й взагалі йому не можна дати точного визначення, оскільки будь-який злочин проти людини є злочином проти людяності. Можна привести кількісні характеристики, однак тоді втрачається якісна складова. Вчений схиляється до визначення, що злочин проти людства (людяності) має місце тоді, коли людей вбивають лише через те, що вони народились, а не через те, що вони вчинили чи можуть вчинити. Поряд з цим певна юридична невизначеність описуваного явища супроводжується моральною впевненістю, що деякі злочини якісно відрізняються від інших, оскільки заподіюють людству більш глибоких ран та мають характер святотатства [4, 138].

У XX ст. мало місце повернення до ідеї природного права, що пояснюють логікою реагування на такі фактори, як: активна діяльність тоталітарних режимів, що принижувала людську гідність та природні права людини; виникнення ситуацій, що були результатом втрати людьми уявлення про існування абсолютних морально-правових цінностей; експансія юридичного позитивізму; процес реміфологізації культури як прагнення різних культур до універсального синтезу, як на початку цивілізації, коли зачатки права моральності, етики, філософії, майбутніх світових релігій існували як єдине ціле в контексті древніх міфологій, так у XX ст. «всесвіт, що розбігається», світової культури почав поступово переходити в новий для себе стан «всесвіту, що стискається» [1, 298].

Філософські напрацювання вчених знайшли своє відображення у спільних документах, котрі в концентрованому вигляді містили основні гуманістичні цінності. Так, у XX ст. було обнародовано чотири основні гуманістичні документи: Гуманістичний маніфест I, Гуманістичний маніфест II, Декларацію світського гуманізму та Декларацію взаємної залежності. Гуманістичний маніфест I з'явився в 1933 р. під час всесвітньої економічної депресії та був підписаний 34 американськими гуманістами. Він відображав уявлення того часу і виступав як альтернатива сучасним релігіям, а також як принципи державного економічного і соціального планування. Гуманістичний маніфест II вийшов у 1973 р. як відгук на нові реалії, що виникли у світі, а саме: поширення фашизму і його поразка в Другій світовій війні, зростання сили і впливу марксизму-ленінізму, «холодна війна», післявоєнне економічне відновлення Європи і Америки, створення Організації Об'єднаних Націй, підйом жіночого руху, боротьба соціальних меншин за рівноправ'я та ін.

У 1980 р. була прийнята Декларація світського гуманізму, необхідність якої визначилася жорстокою критикою гуманізму і особливо Гуманістичного маніфесту II з боку релігійних і правих політичних сил в Сполучених Штатах. Багато хто з критиків маніфесту стверджував, що світський гуманізм є свого роду релігією, а викладання світського гуманізму в школах, на їх думку, порушувало принцип відділення церкви від держави і вело до створення нової релігії. Відповідь Декларації полягала в тому, що світським гуманізмом є комплекс моральних цінностей, не теїстична філософська і наукова точка зору, які не можуть бути прирівняні до релігійної віри. Декларація відстоювала ідею, що світська держава повинна залишатися нейтральною, тобто не виступати ні на підтримку релігії, ні проти неї. У 1988 р. Міжнародна гуманістична академія запропонувала четвертий документ — Декларацію взаємної залежності, що закликає до вироблення нової усесвітньої етики і побудови світової спільноти, що ставало усе більш насущним зважаючи на швидке зростання міжнародних суспільних інститутів. У 90-х рр. XX ст. увагу гуманістів привернуло поширення у світі такого інтелектуального руху, як постмодернізм. Він набув популярності тотальної критики «модерна» (сучасності), під яким розумілась традиція, пов'язана з раціоналізмом Нового часу і Просвітництвом. Постмодерністи сумніваються у можливості вироблення універсальних етичних норм, критикують важливі для сучасного гуманізму ідеї ліберальної демократії та прав людини. Постмодерністський світогляд сучасного гуманізму набув свого вираження в новому програмному документі під назвою «Гуманістичний маніфест 2000: Заклик до нового планетарного гуманізму» [8].

Гуманізм став предметом дослідження в межах філософської течії екзистенціалізму. Згідно з М. Хайдеггером, основним недоліком новоєвропейського гуманізму є абсолютизація ним людської суб'єктивності як умови пізнання і підпорядкування зовнішнього світу шляхом науки і техніки. Іншим недоліком є забуття людиною істини буття, яка і надає змісту її існуванню. У «Листі про гуманізм» філософ зазначає, що завданням людини є не нав'язування своєї волі сущому, а лише в прислухання до голосу буття, як він звучить в мові, долучаючись до сакральності дійсного світу [5, 568].

Хайдеггер готовий визнати виправданими турботи про повернення людині (homo) людяності (humanitas). Проте людяність, на думку філософа, міститься в істоті людини, а розуміння людини і її суті помітно розрізняються залежно від особливої метафізики. Хоча будь-який гуманізм залишається метафізичним, кардинальне питання про відношення буття до людської істоти не ставиться, гуманізм навіть заважає поставити це питання. Хайдеггер по-новому повторює вже відомі теми метафізики, буття, екзистенції, що знаходять свій прояв в «метафізиці світла і просвітів»: «стояння в просвіті буття я називаю екзистенцією людини. Лише людині властивий цей рід буття». Суть людини, на його думку, покоїться в її екзистенції. «До неї в сутнісному, тобто у власному буттєвому плані зводиться все, тому що буття здійснює людину як екзистуючу, привласнюючи її собі, щоб вона була вартовим істини буття. «Гуманізм» озна-

чатиме тоді, якщо ми зважимося зберегти це слово, лише одне: істота людини істотна для істини буття, проте так, що все зводиться якраз не просто до людини як такої» [10, 315].

Цій в цілому антигуманістичній позиції протистоїть точка зору Ж.-П. Сартра, котрий тлумачив екзистенціалізм як гуманізм, розуміючи під ним свободу кожної людини у вирішенні своєї долі. Екзистенціальний гуманізм на відміну від класичного апелює до людини не як до родової істоти, а як до конкретного індивіда в унікальності і неповторності свого існування. Він вчить, що якщо навіть бога немає, тобто принаймні одне буття, в якого існування передують суті, буття, яке існує перш, ніж його можна визначити яким-небудь поняттям, і цим буттям є людина, або, за Хайдеггером, людська реальність. Це означає, що людина спочатку існує, з'являється в світі і лише потім визначається [10, 323].

На думку Сартра, для екзистенціаліста людина тому не підлягає визначенню, що спочатку нічого немає. Людиною вона стає лише згодом, причому такою людиною, якою вона зробить себе сама. Таким чином, немає жодної природи людини, як немає і бога, який би її задумав. Людина просто існує, і вона не лише така, якою себе представляє, але така, якою вона хоче стати. І оскільки вона представляє себе вже після того, як починає існувати, і проявляє волю вже після того, як починає існувати, і після цього пориву до існування, вона є лише тим, що сама з себе зробить. Так проявляється перший принцип екзистенціалізму, який філософ називає суб'єктивністю. Людина розглядається як проект, який переживається суб'єктивно. Якщо існування дійсно передують суті, то людина є відповідальною за те, ким вона є. Таким чином, насамперед екзистенціалізм віддає кожній людині у власність її буття і покладає на неї повну відповідальність за існування [7, 323–324].

Сартр виділяє два різних значення терміна «гуманізм». Так, під гуманізмом можна розуміти теорію, яка розглядає людину як мету і вищу цінність. Це означає, що людина може відносити на свій рахунок і відповідальність, і почесні дії, здійснені іншими людьми. Це означало б, що ми можемо оцінювати людину по найбільш видатних діях інших людей. Такий гуманізм, пише Сартр, абсурдний, бо лише собака або кінь міг би дати загальну характеристику людині і заявити, що людина вражаюча. Але не можна визнати, щоб про людину таким чином могла судити інша людина. Екзистенціалізм звільняє людину від необхідності думок подібного роду. Екзистенціаліст ніколи не розглядає людину як мету, оскільки людина завжди незавершена. І ми не зобов'язані думати, що є якесь людство, якому можна поклонятися, оскільки це призводить до замкнутого гуманізму Конта і, як наслідок, до фашизму. Такий гуманізм Сартр відкидає як непотрібний.

Однак гуманізм можна розуміти і в іншому сенсі, коли людина сама проектує себе і, втрачаючи себе зовні, існує як людина. З іншого боку, людина може існувати, лише переслідуючи трансцендентні цілі. Будучи цим виходом за межі, вловлюючи об'єкти лише у зв'язку з цим подоланням самої себе, вона знаходиться в центрі цього виходу за власні межі.

Висновки. Кінець XIX — початок XX ст. характеризується становленням гуманістичної парадигми у праві, коли центром права прибічники цього напрямку визнали унікальну природу людини. Завданням гуманістичної парадигми було, з одного боку, виявлення та обґрунтування специфічних особливостей людини, а з іншого — створення та реалізація особливих правових умов, які могли б забезпечити нормальне існування та розвиток людини в конкретних історичних умовах. Велике значення мали екзистенціалістичні, герменевтичні та феноменологічні підходи до розуміння людини, які розглядали буття людини через призму трансцендентного буття і тим самим відходили від антропоцентризму. При цьому феноменологія відображала змістовну природу свідомості людини, тоді як герменевтика розкривала ціннісну взаємозалежність людини і суспільства. Ці фактори сприяли утворенню нової антропологічної метафізики, котра лягла в основу сучасного концептуального вирішення проблеми гуманізму у праві.

### Література

1. Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права / В. А. Бачинин. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — 1093 с.
2. Гипзбург В. Л. Международное гуманистическое движение и гуманистический манифест 2000 [Электронный ресурс] / В. Л. Гипзбург, В. А. Кувакин. — Режим доступа : <http://www.humanism.al.ru/ru/articles.shtml?num=000002>.
3. Кудишина А. А. Гуманизм — феномен современной культуры [Электронный ресурс] / А. А. Кудишина. — Режим доступа : <http://www.humanism.ru/ph3.htm>.
4. Манап П. Общедоступный курс политической философии [Текст]: общестпено-политическая литература / П. Манап ; пер. с фр. В. И. Божовича. — М. : Моск. шк. полит. философий, 2004. — 332 с.
5. Новая философская энциклопедия. В 4 т. Т. 1 / Ин-т философии РАН, Нац. общ.-науч. фонд ; науч.-ред. совет: предс. В. С. Степин, заместители А. А. Гусейнов, Г. Ю. Семиин. — М. : Мысль, 2010. — 744 с.
6. Попович М. Д. Антропоцентризм і гуманізм: минуле та сьогоднішнє [Електронний ресурс] / М. Д. Попович. — Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Gileya/2010\\_40/Gileya40/F21\\_doc.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2010_40/Gileya40/F21_doc.pdf).
7. Сартр Ж.-П. Экзистенциализм — это гуманизм // Сумерки богов. — М. : Политиздат, 1989. — С. 319–344.
8. Сокал А. Интеллектуальные уловки. Критика философии постмодерна : [пер. с англ.] / А. Сокал, Ж. Брикмон. — М. : Дом интеллектуал. книги, 2002. — 248 с.
9. Філософія. Словник: персоналії, категорії, поняття та терміни / В. С. Бліхар, Х. М. Войтович, Н. В. Гайворонюк [та ін.] ; [за ред. М. П. Гетьманчука]. — Л. : ЛьВДУВС, 2010. — 228 с.
10. Хайдеггер М. Бытие и время / Хайдеггер Мартин ; пер. В. В. Библикина. — М. : «Ad Marginem», 1997 — 452 с.
11. Черный Ю. Ю. Современный гуманизм [Электронный ресурс] / Ю. Ю. Черный. — Режим доступа : <http://humanizm.ru/humanizmsovr>.
12. Шестопад С. С. Неотомістський напрямок у французькій філософії права: концепція Жака Марітена : дис. ... канд. юрид. наук / С. С. Шестопад ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2009. — 206 с.

### Анотація

Гелеш А. І. Інтеграція гуманістичних ідей у філософії права XIX–XX ст. — Стаття.

Досліджено розвиток гуманізму у філософії права XIX–XX ст. — часу активного становлення гуманістичної парадигми у праві, коли центром права було визнано природу людини. Завданням гуманістичної парадигми було, з одного боку, виявлення та обґрунтування специфічних особли-

востей людини, а з іншого створення та реалізація особливих правових умов, які могли б забезпечити нормальне існування та розвиток людини в конкретних історичних умовах.

*Ключові слова:* гуманізм, людина, право.

### Аннотация

*Гелеш А. И.* Интеграция гуманистических идей в философии права XIX–XX ст. — Статья.

Исследовано развитие гуманизма в философии права XIX–XX ст. — времени активного становления гуманистической парадигмы в праве, когда центром права была признана природа человека. Задаaniem гуманистической парадигмы было, с одной стороны, выявление и обоснование специфических особенностей человека, а с другой — создание и реализация особых правовых условий, которые могли бы обеспечить нормальное существование и развитие человека в конкретных исторических условиях.

*Ключевые слова:* гуманизм, человек, право.

### Summary

*Gelesh A. I.* Humanism ideas integration in philosophy of law XIX–XX centuries. — Article.

Found out the philosophy of law XIX–XX centuries — time of the active development of humanism in law, when by the center of law the nature of human was acknowledged. The task of humanism paradigm was exposure and ground of specific features of human, from one side, and from other side — was creation and realization the special legal terms which would provide normal human existence and development in concrete historical terms.

*Keywords:* humanism, human, law.

УДК 340.134

*О. Н. Акрабова*

### ПРАВОТВОРЧЕСТВО КАК ОСОБЫЙ ВИД ТВОРЧЕСТВА

Без осмысления содержания философской категории «творчество» невозможно достаточно адекватно понять сам факт бытия человека в мире.

Выдвижение нами такого тезиса основано на содержании тех работ философов, которые рассматривают феномен творчества в тесной связи с человеческой сущностью и ее реализацией. Актуальность философской проблемы категории «творчество» обусловлено тем, что именно в творчестве человек формирует, утверждает и раскрывает себя.

На протяжении двух тысячелетий господствовало аристотелевское понимание творчества, сущность которого состояла в наделении активного субъекта чисто служебной ролью. Саму деятельность как активную и творческую силу, продукт индивидуального вдохновения и свободной самореализации субъекта, не относили к творчеству. Прошло много лет, прежде чем в эпоху романтизма исследователи заметили в деятельности человека субъекта-творца, самостоятельную, свободную силу, которая претворяет в предмете собственную субъективность. Именно в предмете проявлялась личность, ее психологические характеристики, весь духовный мир творца.

Проблеме философской категории «творчество» в разное время посвятили свои труды Платон, Аристотель, Ч. Ломброзо, К. Маркс, Ф. Энгельс, Н. Бердяев, Г. С. Батищев, П. Тейяр де Шарден, В. С. Библер, Г. О. Давидова, Л. С. Выготский, А. С. Майданов.

При написании статьи автор ставил перед собой прежде всего задачу осмысления философской категории «творчество» и его роли в формировании правовых норм, а также гармонизации общественных отношений.

Философский подход к рассмотрению понятия «творчество» базируется на связи творчества с самой человеческой сущностью. Во-первых, следует признать, что исходной и основополагающей формой творчества является чувственно-предметная деятельность человека. Посредством реального изменения природной и социальной действительности человек самоутверждается. «Практическое созидание предметного мира, переработка неорганической природы есть самоутверждение человека как сознательного родового существа» [1, 566]. Во-вторых, определить человека как историческое существо — значит определить его как творческое существо. Если рассматривать творчество в его историческом измерении, то общественно-исторический процесс есть та реальность, в которой формируются человеческие творческие силы и способности.

Таким образом, философское содержание творчества касается не некоторых особых видов человеческой деятельности, а всех ее видов, так как они возникли и развились как необходимые звенья действительности. Конечно, существуют такие особенные виды человеческой деятельности, творческий характер которых очевиден, поскольку само осуществление их невозможно без элемента вдохновения, эмоционального подъема, позитивного отношения к процессу и результату деятельности (например, художественное, научное, техническое). Философская категория «творчество» отражает такую определенность, которая присуща человеческой жизнедеятельности вообще, отражает продукт высокой ступени общественного развития, нечто становящееся и развивающееся. Та сторона человеческой деятельности, которая выделяется философской категорией «творчество», не отделима от исторического движения человечества, является условием и итогом этого движения, а потому на каждом повороте исторического развития человечества выражается в новой и особенной форме.

Сама природа творчества связана с возникновением нового, оригинального, того, чего не было прежде. Человеком движет неисчерпаемое стремление к новому. Чтобы этот процесс не прекратился, необходимо обеспечить возможность реализовать себя, то есть люди постоянно должны прогрессировать, раскрывая себя и свой потенциал. Таким образом, новое возникает из старого, отличаясь от него. Индивидуальная культура творца состоит из совокупности знаний, освоенных в результате обучения и жизненного опыта. Любой вид интеллектуального творчества предусматривает использование каких-то данных, которые существовали ранее. «Найти разрешение парадокса возникновения нового возможно лишь на диалектической основе: процесс его появления происходит через единство необходимого и случайного. Многочисленные фак-

ты свидетельствуют о том, что новое появляется в недрах старого, но на случайной основе» — предлагает О. И. Клепиков [2, 5].

Творчеству присущи определенные признаки, среди которых можно выделить неповторимость, оригинальность, общественно-историческая уникальность. Неповторимость творческого изыска вытекает из его исключительности, оригинальность творчества выражается в его в самобытности и своеобразности. Общественно-историческая уникальность творчества состоит в том, что творчество является двигателем историко-культурного прогресса всего человечества.

Роль творчества в бытии права, несомненно, велика. Творческий акт законодателя приводит к возникновению правовых норм, с помощью которых регулируются общественные отношения. А потому центральной проблемой в философии права выступает проблема правовой реальности и правотворчества. Реальность едина, но она обладает множеством качеств, которые имеют многообразные проявления. Субъективные и объективные компоненты правовой реальности, диалектически взаимодействуя между собой, образуют бытие права.

Неотъемлемой составляющей бытия права является правотворчество. По мнению В. С. Нерсисянца «правотворчество — это форма государственной деятельности, направленное на создание правовых норм, а также дальнейшее совершенствование, изменение или отмену. Это процесс создания и развития действующего права, как единой и внутренне согласованной системы общеобязательных норм, регулирующие общественные отношения, специальная, имеющая официальное значение деятельность по установлению правового регулирования [3, 307]. Понять саму сущность правотворчества возможно, лишь используя метод философской рефлексии. Центральным звеном в правотворчестве выступает человек, а именно — законодатель, то есть человек бытийствует в праве, что является одним из способов его бытия. В процессе правотворчества субъект творчества осуществляет такие действия: изучает различные факторы, явления социума, влияющие на правовые отношения в обществе; выявляет новые сферы общественных отношений, нуждающиеся в нормативно-правовом регулировании; анализирует действующие правовые предписания, соотношение отечественного нормативного поля с зарубежным, изучает международный опыт в сфере регулирования правоотношений; исследует возможное взаимодействие новообразованных норм с уже существующими.

Нельзя не отметить, что правотворчеству как компоненту бытия права также присуща духовность, которая проявляется в том, что создаваемые правовые нормы должны соответствовать основным законам бытия человеческого духа, а человек неукоснительно придерживается этих правовых норм, по своему внутреннему убеждению, считая такое поведение необходимой формой его существования. Чтобы нормы права были эффективными, они должны быть легитимными, то есть признанными обществом, без принудительного вмешательства государства. Человек, который исполняет добровольно закон, соответственно, согласен с его содержанием и предписаниями. «Только свободное признание права не унижительно для человека, только оно может достойно разре-

шить задачи правотворчества, только оно найдет для себя истинную основу в человеческом духе, только оно сумеет достигнуть последней цели — усовершенствование положительного права» — писал И. А. Ильин [4, 219].

С философской точки зрения правотворчество нельзя однозначно отнести ни к субъективной реальности, ни к объективной. Ведь именно субъективные и объективные компоненты правовой реальности, вступая в диалектическое противоречие, и образуют бытие права. Отсюда следует, что правотворчество как особый вид творчества представляет собой единство субъективных и объективных компонентов.

Чтобы осмыслить сущность правотворчества и бытийствование человека в нем, рассмотрим подробнее процессы, которые происходят при создании правовых норм, а именно процессы субъективации и объективации.

Процессу правотворчества предшествует процесс правотворческого познания. Этот процесс схож с процессом научного познания. По мнению Д. А. Керимова, который использует термин «законотворческое познание» и считает, что «отражение правовой действительности внутренне предполагает непосредственное практическое воплощение в жизнь собственных результатов» [5, 23]. Правотворческое познание предполагает исследование не всех явлений правовой реальности, а лишь тех отношений в обществе, которые нуждаются в правовом регулировании. Опять же здесь следует отметить субъективное отношение субъекта правотворчества к тому, какие именно социальные отношения нуждаются в регулировании правом.

Само познание является творческим отображением действительности, духовной самореализацией личности, в контексте нашей проблемы — творца позитивного права. В процессе познания картины бытия права на субъект влияют его характер, психика, эмоции и переживания, что дает нам основание говорить о наличии в процессе субъективации накопленных фактов. Немаловажную роль здесь играет и ценностное отношение субъекта к познаваемым объектам. Этот аспект познания правовой реальности может быть воспринят с определенной погрешностью или заблуждением по поводу того, какие познанные нормы соответствуют природному праву, какие нет. На познание субъектом существующего права влияет его интеллект. Субъект на основе мыслительной деятельности познает определенные закономерности и тенденции бытия права, прибегнув также к анализу накопленного опыта в применении норм права. На данном субъективном уровне правотворчества у субъекта возникает идея введения новаций, он делает вывод, что действующее законодательство уже не может применяться. Таким образом, процессам объективации в правотворчестве предшествуют процессы субъективации, имеющие форму мыслительной деятельности человека.

Оглядываясь назад и анализируя в позитивном отечественном праве и праве зарубежных стран эволюцию развития норм о защите прав человека, можно заметить, что из поколения в поколение передается не только само природное право, но и знание о нем как об определенном авторитете. Концепция «поколений» прав человека возникла в 70-е годы XX века. Согласно данной концеп-

ции, к первому поколению прав человека относят личные и политические права, провозглашенные Великой Французской революцией, а также американской борьбой за независимость; ко второму поколению — социально-экономические и культурные права, которые появились в результате борьбы народа за улучшение своего положения; к третьему поколению — права коллективные: право на мир, право на разоружение, право на здоровую окружающую среду, право на развитие и другие. В отечественном праве ключевым элементом в преобразовании и переходе на более совершенный уровень, по мнению автора, стало проведение судебной реформы.

Позитивное право отражает правовую реальность лишь в определенный отрезок времени, на определенном историческом этапе, проще говоря, «здесь и сейчас». Нормативно-правовые акты, принятые законодательным органом, могут быть изменены, а то и вовсе отменены. Так, вчера еще за то ли иное противоправное деяние предусматривалась уголовная ответственность, а сегодня уже — административная. Законодательство постоянно совершенствуется — примером этому может послужить принятие Закона Украины «О защите персональных данных».

Процесс изменения позитивного права является одним из компонентов законотворчества и носит название законотворческого процесса. Процедура принятия нового закона закреплена в Конституции Украины 1996 года. Но под, казалось бы, формальной простотой процедуры принятия законодательного акта, кроются глубинные содержательные процессы сравнения и анализа накопленных знаний о правовых явлениях с теми объективно существующими принципами природного права, которые не изменяются и не изменятся никогда. Особая роль здесь отводится интуиции и инстинктам законодателя. Ведь сущность человека сама подсказывает ему, как должно быть. На волю законодателя влияет его правосознание. И. А. Ильин описывал правосознание «как естественное чувство права и правоты или как особую духовную настроенность инстинкта, в отношении к себе и к другим людям» [4, 280–281]. В процессах объективации и субъективации правовые идеи законодателя трансформируются в некий результат — объективную правовую реальность, в правовой закон. В процессе объективации, последующим за процессом субъективации, законодатель привносит в правовую реальность частичку человеческого духа, природы, Бога.

Таким образом, воля законодателя должна быть направлена на воплощение принципов естественного права в позитивных законах. При этом воля законодателя свободна в творчестве, что позволяет ему создавать нормы позитивного права, которые способны очертить верный образ жизни человека на земле, где все его поступки будут только во всеобщее благо, взаимное уважение и доверие людей друг к другу. В таком ключе законодатель добивается последовательной гармонизации различных форм дисгармонии в правовой действительности, вместе с созданием закона он создает право. Но право создается лишь в том случае, когда законы, которые сотворяются законодателем, являются правовыми, иначе они только искажают право. Процессы объективации и субъективации в правотворчестве играют важную роль в формировании правового про-

странства, и огромное значение в этих процессах имеют как внутренние убеждения индивида, так и внешние объективные причины.

В процессе исторического развития права и законодательства возникла некая культура законотворчества, поскольку именно в законотворчестве накапливаются и применяются разносторонние знания о правовой действительности, ее истории и перспективах развития, специальные знания о праве, закон и законодательную технику. Умелое использование этих инструментов в процессе правотворчества позволяют создать научно обоснованные и технически усовершенствованные правовые акты, которые в полной мере определяют и отвечают потребностям общества. Несомненно, правотворчество — это особый вид творчества. По мнению Д. А. Керимова, создание закона требует подлинного творчества, знаний и искусства. «Практика прошлого привела к тому, что многие законодательные акты оказались оторванными от жизни, не отражали закономерностей общественного развития, не отвечали назревшим и назревающим потребностям людей, в них пробелы, повторы, противоречия, несогласованность между собой. Отсюда и недостатки правореализующей практики или даже массовой неисполнимости предписаний законодательства» [5, 23].

И самое важное, правотворчество только тогда является подлинным творчеством, когда оно способствует гармонизации общественных отношений, решает проблемы, которые возникают в обществе. Противоречия, однако, снова и снова появляются в процессе жизнедеятельности человека. Некоторые достигают такого глобального масштаба, что возникает вопрос — а сможет ли человечество выжить, не разрешив данные противоречия?!

Таким образом, можно сделать вывод о том, что не всякий закон или норма права являются продуктом подлинного творчества. Позитивное право тогда эффективно и служит во благо общества, когда соответствует правильно понятым принципам естественного права. Именно это соответствие неизбежно приводит к гармонизации всех сторон жизни общества. Критерием наличия такой гармонизации как результата правотворчества законодателя является факт создания (и неукоснительного исполнения!) таких законов регулирования общественных отношений, верховенство которых добровольно, и осознанно признает большинство законопослушных субъектов. Такое состояние мы уверенно можем назвать состоянием осознанной необходимости, то есть — свободы.

### *Литература*

1. Маркс К. Из ранних произведений / К. Маркс, Ф. Энгельс. — М. : Госполитиздат, 1956. — 690 с.
2. Кленіков О. І. Творчість: істина, краса, благо / О. І. Кленіков. — К. : Вид-во т-ва «Знання» України, 1991. — 48 с.
3. Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : ПОРМА, 2002. — 605 с.
4. Ильин И. А. Общее учение о праве и государстве / И. А. Ильин. — М. : АСТ : АСТ МОСКВА : ХРАНИТЕЛЬ, 2006. — 510 с.
5. Керимов Д. А. Культура и техника законотворчества / Д. А. Керимов. — М. : Юрид. лит., 1991. — 253 с.

### Аннотация

*Акрабова О. И.* Правотворчество как особый вид творчества. — Статья.

В статье рассматривается проблема философской категории «творчество» и ее роль в формировании правовой реальности. В статье автор доказывает, что правотворчество только тогда является подлинным творчеством, когда оно способствует гармонизации жизни человека.

*Ключевые слова:* творчество, право, закон, правотворчество, гармонизация, противоречие.

### Анотація

*Акрабова О. М.* Правотворчість як особливий вид творчості. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблеми філософської категорії «творчість» та її ролі в формуванні правової реальності. У статті доводиться те, що правотворчість тільки тоді є дійсною творчістю, коли вона сприяє гармонізації життя людини.

*Ключові слова:* творчість, право, закон, правотворчість, гармонізація, протиріччя.

### Summary

*Akrabova O. N.* Legal creation as special type of creation. — Article.

The article is devoted the problem of philosophical category of «creation» and her role is examined in forming of legal reality. In the article an author leads to that legal creation only then is authentic creation, when it assists harmonization of life of the people.

*Keywords:* creation, law, legal creation, harmonization, contradiction.

УДК 371.13:101.1

*І. В. Шамша*

## ПЕДАГОГІЧНА МАЙСТЕРНІСТЬ ЯК МИСТЕЦТВО

Те, що педагогічна майстерність є мистецтвом, не викликає сумніву. Багато відомих педагогів досить аргументовано обґрунтували цю позицію. Педагогіка синтезує в собі практично всі види мистецтв. Але мистецтво не стоїть на місці. Суспільна практика вимагає нових засобів виразності, стимулює пошук нових форм впливу на аудиторію. Це виражається в появі нових напрямків і течій у мистецтві, які краще попередніх відбивають «дух часу». Скажімо, «переживання епохи» художниками в XX столітті породило ряд нових напрямів у мистецтві (авангардизм, імпресіонізм, експресіонізм та ін.) Тому в будь-якому виді діяльності, який має загальні з мистецтвом риси (у тому числі в педагогічній майстерності), в принципі можна виокремити елементи цих напрямків. Зокрема, методи педагогіки, на наш погляд, можна структурувати відповідно до напрямків у мистецтві. До речі кажучи, це може дозволити створити досконалішу за існуючу класифікацію методів педагогіки. Проте завдання це нелегке: аналогії не повинні носити механічного характеру. Скажімо, експресіонізм в образотворчому мистецтві й у літературі виражається по-різному відповідно до арсеналу засобів, доступних тому або іншому виду мистецтва, при цьому твір зберігає (експресіоністську) спрямованість, яка чітко простежується.

Мета й завдання педагогічної майстерності, специфіка педагогічної творчості визначають засоби досягнення педагогічних цілей. Саме ці засоби (методи педагогіки), відібрані окремим викладачем, надають певної (наприклад, класичної або абстракціоністської) спрямованості педагогічній творчості.

Можливість структурувати методи педагогіки відповідно до напрямків у мистецтві виникає не лише тоді, коли ми визнаємо, що педагогічна майстерність більшою мірою є мистецтвом, ніж наукою, але й у тому випадку, коли ми обмежимося визнанням того, що мистецтво — це тільки-но одна іпостась педагогіки.

Блискучі приклади такого підходу до роботи з аудиторією дає нам досвід викладання видатними філософами. Як відомо, чудовими викладачами були Сократ, Шеллінг, Шопенгавер, Кант та ін. У XX столітті продовжувачами традиції поєднання педагогіки з філософією постали такі мислителі, як Гайдеггер, Гуссерль та ін. Їхня творчість представляє для нас особливий інтерес у світлі розгляду педагогіки як мистецтва.

Міркування в цьому напрямку простежуються в деяких моментах роботи Рюдригера Сафраньки про Хайдеггера.

Рюдигер Сафраньки пише, що М. Гайдеггер, впливовий філософ-екзистенціаліст XX століття, під час лекцій застосовував «філософський дадаїзм» [1, 146], протиставляючи його «філософському імпресіонізму». На думку Гайдеггера, «філософський імпресіонізм» — це світогляд, якому передують буття, а повинне бути навпаки: буття повинне слідувати за світоглядом. Позиція Гайдеггера-філософа полягає у визнанні активної, перетворювальної стосовно дійсності ролі суб'єкта пізнання й філософствування. І ця позиція набуває вираження в методах подання матеріалу на лекції Гайдеггера-педагога.

Що ж таке «філософський дадаїзм», якому Гайдеггер надає переваги перед «філософським імпресіонізмом»? Спочатку не заважало б пригадати, що таке дадаїзм у мистецтві?

Існують різні версії відповіді на це запитання. Традиційно прийнято вважати, що термін «дада», від якого утворене слово «дадаїзм», має французьку етимологію й означає «іграшкова конячка». Р. Сафраньки орієнтується ж на такий зміст дадаїзму, який полягає в тому, що ««Дада» символізує найпростіше відношення до навколишньої дійсності. Існує тільки оце «ось», і оце «ось», і оце «ось»... «Це значить: трамвай є просто трамваем і тільки-но, війна — лише війною, професор — лише професором, а відхоже місце — лише відхожим місцем» [1, 147].

Як же дадаїзм реалізується в педагогічній творчості М. Гайдеггера?

Р. Сафраньки вбачає «дадаїстський імпульс» у тому, що лекція М. Гайдеггера «...почалася з питання, нібито поставленого на високі котурни, з питання про «первісну науку», про «первісний намір життя», про «початок всіх початків», а потім повела заінтригованих студентів у зовсім іншу область, змусила їх вникати в темну таємницю їхнього переживання якоїсь кафедри» [1, 147].

Йдеться про те, що Гайдеггер починає свою лекцію із пропозиції проаналізувати кожним із присутніх особисте переживання кафедри, яка перебуває

в аудиторії. Уже в цьому криється виклик: студенти, орієнтовані на класичну лекцію з філософії, змушені аналізувати одиничний матеріальний предмет і своє переживання його, незважаючи на те, що призначення предмета — очевидне. Далі Гайдеггер, немовби запрошуючи студентів мислити разом із собою, пропонує свій аналіз переживання кафедри. У ході цього аналізу стає зрозумілим, що кафедра не сприймається присутніми не як «коричневі поверхні, що сходяться під прямим кутом», не як «ящик, поверх якого надбудований інший», але представляється як кафедра, з якої буде говорити лектор. Гайдеггер не вдоволений результатом аналізу: в «чистому переживанні» кафедра бачиться відразу в багатьох аспектах, які вбирають в себе і названі три. Так, Гайдеггер одночасно бачить кафедру і як кафедру, з якої він буде читати лекцію, і як пюпітр, установлений занадто високо для росту Гайдеггера, на якому лежить книга, так, що це заважає лекторові й т.д. Тобто у чистому переживанні світу «... немає ніякого — як це прийнято називати — фундууючого зв'язку... немає такого, щоб я спершу побачив коричневі поверхні, що сходяться під прямим кутом, потім вони стали переді мною як ящик, потім як пюпітр, і, нарешті, як академічна трибуна...» [1, 140]. Чисте переживання не змушує думку «...блукати манівцями, осягаючи окремі речі»: «Мені, який живе в навколишньому світі, завжди й усюди дається знати: це все отмирне, воно мирствує...» [1, 140–141]. Тобто чисте переживання пов'язане з розумінням предметів, які завжди перебувають у структурі буття, у структурі всезагального, причому ця структура повинна бути співвіднесеною з буттям людини. Розуміння ж предмета як одиничного, ізольованого від інших, є помилковим.

Непорівнянність масштабів одиничного (кафедри як матеріального предмета) і всезагального (первісної науки), очевидно становить сутність прийому, який Р.Сафранський називає «філософським дадаїзмом».

Він навіть зазначає, що «...Гайдеггер бере на себе роль страхопуда: він проковує всіх поборників прекрасного-доброго-щирого. І завдає жорстокого удару по культурі мнимої шляхетності, фальшивої щирості, високих слів, що прикривають безодню обдурювання» [1, 146].

Звичайно ж, «філософський дадаїзм» не може застосовуватися на кожному предметі й у будь-якій ситуації, але треба сказати, що застосування цього прийому дозволяє заінтригувати студента, здивувати його, а «здивування світом», як відомо, в Арістотеля лежить в основі пізнання світу.

Саме завданню «заінтригувати студента» відповідає акторська складова діяльності викладача. З цією метою не зайвим, на наш погляд, буде й застосування відкритого Б. Зейгарник «ефекту незавершеної дії». Ефект полягає в тому, що «...перервані завдання в силу мотиваційної напруги, яка зберігається, запам'ятовуються краще завершених» [2, 470].

Але використання цього ефекту має ряд обмежень. «...При дуже сильній зацікавленості краще запам'ятовувалися завершені завдання, тоді як при слабкій мотивації — перервані завдання» [2, 470]. Також до обмежень використання ефекту незавершеної дії можна віднести його залежність від: «...віку випробуваних, відношення числа завершених завдань до числа незавершених, часу рішен-

ня кожного завдання, відносних труднощів завдань, відношення суб'єкта до перерваної діяльності, його зацікавленості у виконанні завдання й т.д.» [2, 470]. Ці обмеження необхідно враховувати, тому застосовувати його потрібно обережно, оскільки в студента, який зацікавився предметом, незавершена дія викликає лише розчарування й «відбиває» бажання до подальшого пізнання.

«Філософський дадаїзм» можна використовувати не лише у філософських науках, а й, скажімо, у юриспруденції. Оскільки людина завжди вже «отмирує», перебуває у світі, у певному порядку суцього, а завдання всіх наук вивчати саме світ, то ця ситуація завжди може бути загострена з педагогічною метою. У юридичному аспекті порядок буття представлений правом і законом. Суб'єкт вже перебуває в правовому полі, у тому числі й коли перебуває в аудиторії на лекції. Зіставлення цієї фактуальної ситуації із сутністю права або, скажімо, з особливостями інтерпретації тих або інших законодавчих актів, тобто з «суто теоретичними» проблемами, вірніше підкреслена «непорівнянність» цих ракурсів, може виступати руховою пружиною для пізнавальної активності студентів.

«Дадаїзм у педагогіці» має дві переваги. По-перше, викладачеві вдається активізувати увагу студентів, що надзвичайно важливо в процесі навчання. При цьому спочатку стимулюється мимовільна увага, пізніше — довільна. У результаті — студент повністю зосереджений. Друга перевага полягає в тому, що цей прийом є евристичним методом, який стимулює мислення.

«Педагогічний дадаїзм» може використовуватися як на лекціях (як це робив Гайдеггер), так і на семінарських заняттях. Побудова питань при цьому повинна здійснюватися таким чином, щоб чітко проглядалася непорівнянність масштабів проблем. Наприклад, на семінарському занятті по філософії проблему можна поставити в такий спосіб: «Як міг Августин Блаженний сумніватися в онтологічній достовірності існування матеріальних предметів, якщо в цій аудиторії вони достовірно існують?».

Акторська складова педагогічної майстерності потребує від викладача певного акторського амплуа. Це амплуа — складний сплав особистісних характеристик самого викладача зі специфічними рисами того або іншого художнього образу. Структурування методів педагогіки відповідно до напрямів мистецтва полегшить завдання вибору викладачем певного амплуа. І той викладач, для якого «дадаїзм у педагогіці» є непридатним, може зупинити свій вибір на інших напрямках і навіть індивідуально скомбінувати кілька стилів. У всякому разі, розробка педагогічної теорії в цьому напрямку дозволить починаючому викладачеві зіставляти теоретичні цілісності, як деталі конструктора, вибираючи підходящі й відсіваючи непридатні, що значно полегшить його вибір.

Гайдеггер зупинив свій вибір на дадаїзмі. Але це не означає, що імпресіонізм зовсім не можна застосовувати в педагогіці. Безумовно, рішення деяких педагогічних завдань припускає застосування саме імпресіонізму. Крім того, імпресіонізм у педагогіці може більше відповідати особистісним характеристикам окремих викладачів, і в цьому випадку вибір варто здійснювати на користь імпресіонізму.

На завершення варто сказати, що застосування методів педагогіки, вибудованих відповідно до напрямків у мистецтві, вимагає навичок творчої роботи й від викладача, і від студентів. Це ще раз підкреслює, що педагогічна майстерність є скоріше мистецтвом, чим наукою, такою діяльністю, яка спирається на творчість. Можливо, пошук сутності педагогічної майстерності в історії мистецтва, а не історії науки, швидше наблизить нас до істини при відповіді на запитання: у чому причина педагогічного успіху?

### Література

1. Сафрански Р. Хайдеггер: германский мастер и его время / Рюдигер Сафрански ; пер. с нем. Т. А. Баскаковой при участии В. А. Бруп-Цехового ; вступ. ст. В. В. Бибихина. — 2-е изд. — М. : Молодая гвардия, 2005. — 614 с. — (Серия: Жизнь замечательных людей : Сер. биогр. ; вып. 956).
2. Психология : словарь / под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Политиздат, 1990. — 494 с.

### Анотація

**Шамша І. В.** Педагогічна майстерність як мистецтво. — Стаття.

У статті обґрунтовується необхідність виокремлення в педагогічній майстерності напрямів, які притаманні мистецтву (дадаїзм, імпресіонізм та ін.), на прикладі творчості відомих західноєвропейських філософів.

**Ключові слова:** педагогічна майстерність, викладання філософії, філософський дадаїзм, філософський імпресіонізм, методи стимулювання мислення, творчість у педагогіці.

### Аннотация

**Шамша И. В.** Педагогическое мастерство как искусство. — Статья.

В статье обосновывается необходимость выделения в педагогической деятельности направлений, которые свойственны искусству (дадаизм, импрессионизм и др.), на примере творчества известных западноевропейских философов.

**Ключевые слова:** педагогическое мастерство, преподавание философии, философский дадаизм, философский импрессионизм, методы стимулирования мышления, творчество в педагогике.

### Summary

**Shamsha I. V.** Pedagogical mastery as an art. — Article.

The article substantiates the need for pedagogical activities in areas that are inherent in the art (dadaism, impressionism, etc.) as an example of creativity known Western European philosophers.

**Keywords:** pedagogical mastery, teaching of philosophy, philosophical dadaism, philosophical impressionism, methods of stimulating thinking, creativity in teaching.

## ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ ЯК ЦЕНТРАЛЬНА ЛАНКА ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ

Якісний стан будь-якої правової системи характеризує її правова культура. Рівень правової культури суспільства, співвідношення потреб суспільства із закладеними в ній цінностями є детермінантами ефективності правового регулювання, дії принципу верховенства права, функціонування законності та правопорядку, що виникають завдяки комплексу умов та обставин, серед яких особливе місце займає правове мислення, що обумовлює актуальність дослідження правового мислення як центральної ланки правової культури.

Поняттю «правове мислення» у вітчизняній юридичній науці присвячені лише деякі наукові розробки В. Братасюк, А. Бернюкова, В. Селіванова, натомість у російській юридичній науці проблемам правового мислення присвячені праці А. Аверіна, В. Курьянова, А. Жалінського, А. Мордовцева, А. Овчинникова, В. Рібакова та інших.

У межах цієї статті пропонується проаналізувати існуючі доктринальні визначення правової культури та правового мислення, що в подальшому дозволить спробувати надати симбіотичну дефініцію поняття «правове мислення» як центральної ланки правової культури.

У юридичній літературі існує велика кількість підходів до змісту поняття «правова культура», пропонуємо шляхом їх узагальнення навести характеристику правової культури як знання права, його усвідомлення та почуття; як системи цінностей та ідеалів про право; як явища правового життя, правової організації та правового прогресу.

По-перше, про правову культуру говорять як про знання особою законодавства, усвідомлення змісту та спрямованості законів та підзаконних актів, формування поваги до них, почуття законності та справедливості [1, 643].

По-друге, правову культуру уявляють як систему цінностей [2, 576; 3, 742–744]. Так, О. Газенко наголошує на тому, що правова культура суспільства — це об'єктивно існуючий феномен, з власним онтологічним буттям, що являє собою систему ідеальних правових форм: правових знаків, ідеалів та цінностей [4, 13].

Більш того, Ю. М. Оборотов зазначає, що у правовій культурі виділяється зовнішня правова культура, тобто правові позиції та цінності населення, а також внутрішня правова культура, головним змістом якої є професійна юридична діяльність та її результати [5, 56].

По-третє, такі вчені, як С. Алексєєв, В. Лазарєв, А. Семітко, правову культуру визначають завдяки категоріям «правове життя», «правова організація», «правовий прогрес» тощо [6, 331; 7, 203; 8, 203].

Саме із позицій цього підходу М. Цвік зазначає, що правова культура — характеристика якісного стану правового життя суспільства, що характеризується досягнутим рівнем розвитку правової системи — станом та рівнем пра-

вової свідомості, юридичної науки, системи законодавства, правозастосовної практики, законності і правопорядку, правової освіти, а також ступенем гарантованості основних прав і свобод людини [9, 246–247].

Слід погодитись із М. Соколовим, який вважає, що правова культура виступає формою гармонійного розвитку суспільства, завдяки якій забезпечується загальнонаціональний прогрес, а тому намагання наповнити поняття правової культури елементами, що пов'язані з деформацією правосвідомості їх носіїв, слід визнати безпідставними і шкідливими. Правова культура має місце тоді, коли систематично відтворюється єдність правових знань, переконань, цінностей і практичної діяльності з їх реалізацією у нормі поведінки, що стала загальним правилом [10, 389].

У цьому ж контексті В. Нерсисянц говорить про правову культуру як складне, багатогранне явище, що обумовлене визначеним рівнем правосвідомості, тобто осмислення правової дійсності; загальними культурними передумовами, рівнем цивілізованості, національними коріннями та витоками, історичною пам'яттю, звичаями та традиціями; належним рівнем знань законів населенням; високим рівнем поваги до норм права, їх авторитетом; високою якістю процесів правотворчості та реалізації права; ефективними способами правової діяльності, роботи законодавчих, правоохоронних, управлінських та інших органів [11, 407].

Внутрішньою константою професійної юридичної діяльності є правове мислення правознавця-професіонала.

У словнику із філософії права правове мислення визначене як найвища аналітична можливість особистості як суб'єкта правовідносин, який функціонує та розвивається у русі духовно-практичного вирішення різноманітних соціально-правових протиріч [12, 191]. Однак про правове мислення слід говорити, лише застосовуючи його до мислення професіонала-правознавця.

Правове мислення — внутрішня форма процесу розуміння професіоналом-правознавцем правової дійсності, результатом якого є правова поведінка у контексті позитивного права, що втілюється у правовій культурі професіонала-правознавця, при цьому формуючи образ професійної правосвідомості.

Правове мислення ґрунтується на засадах як раціоналізму, так і ірраціоналізму, так як розуміння права, будучи первинною ланкою правового мислення, є оціночною діяльністю, яка полягає у порівнянні правових норм, явищ суспільної дійсності, із цінностями права та правовими цінностями, які зосереджуються у джерелах права.

На думку А. Мордовцева, правове мислення — особливий вид інтелектуально-пізнавальної діяльності, а також правила (канони), за якими у визначеній соціально-правовій системі прийнято формувати та розвивати правову мову та передавати будь-яку юридично важливу інформацію [13, 38].

У той же час А. Овчинников наполягає на визначенні правового мислення як феномена духовного світу людини, процесу розуміння індивідом навколишньої соціально-правової дійсності, результатом якого є, з однієї сторони, бажане та позитивне право, а з іншої сторони — комплекс правових знань, навичок

та стереотипів поведінки, що формуються та інституціоналізуються у правовій свідомості та юридичному світосприйманні людини [14, 309].

Правові приписи, правові поняття не передують правовій дійсності, зокрема юридичній практиці, а впливають із неї. Їх зміст усвідомлюється за допомогою методів та засобів правового мислення, які, у свою чергу, завжди ґрунтуються на певних гносеологічних та моральних засадах, соціальних цінностях як даностях для конкретного дослідника, що спрямовують, як правило, наукові дослідження залежно від ідеологічного та політичного спрямування дослідника [15, 443].

Цілком зрозуміло, що залежно від виду правореалізації буде модифікуватись і поняття правового мислення.

Так, правовим мисленням у правотворчій діяльності є розумова, творча, інтелектуальна діяльність професіонала-правознавця у процесі правотворчості, направлена на пізнання, оцінку суспільних явищ, що планується нормативно регламентувати, із використанням вже існуючих норм права, правових принципів, для створення нового правового акта, за допомогою як раціональних, так і ірраціональних факторів.

Правове мислення у правозастосуванні можливо визначити як розумову, творчу, інтелектуальну діяльність професіонала-правознавця у процесі правозастосування, направлену на пізнання, оцінку суспільних явищ, що складають фактичну сторону юридичної ситуації, подальшу кваліфікацію цієї справи, з метою прийняття правозастосовного акту, що дозволить більш детально регламентувати конкретні правовідносини.

А. Жалінський наголошує на тому, що правове, або соціально-правове, мислення являє собою інтелектуальну діяльність, що направлена на вирішення завдань, пов'язаних із використанням правових засобів або правових аргументів. Мислення стає правовим, якщо воно: по-перше, направлене на реалізацію права з використанням можливостей права; по-друге, якщо для досягнення поставленої мети проектується та використовуються правові засоби; та, по-третє, при вирішенні правових завдань враховуються закономірності та властивості права, в тому числі дотримання деяких загальнообов'язкових правил [16, 198].

Правове мислення за своєю природою направлене на здійснення професійної юридичної діяльності, шляхом пізнання та оцінки закономірностей функціонування права та правової системи.

Процес правового мислення одночасно зливається із предметною стороною професійної юридичної діяльності, оскільки, навіть, надаючи юридичну консультацію, професіонал-правознавець використовує своє правове мислення із синхронним моделюванням фактичних обставин справи та її юридичної кваліфікації.

Думається, що змістом правового мислення можна вважати його поетапність та сукупність засобів правового мислення, що використовуються у ньому.

Етапи правового мислення можливо представити наступним чином: перший етап — виявлення, усвідомлення та формулювання проблемної ситуації, по-

в'язаної з визначенням об'єктом; отримання фактичної, а також правової характеристики об'єкта мислення; формулювання завдання, на виконання якого буде сконцентрований процес мислення; другий етап — аналіз можливого використання правових засобів; третій етап — вибір оптимального варіанта рішення із урахуванням існуючих обмежень та можливих наслідків [16, 200].

Щодо засобів правового мислення, то у юридичній літературі виділяють процедурні, змістовні та визначальні засоби правового мислення.

Процедурні засоби правового мислення — це такі засоби правового мислення, що відповідають за його істинність, узгодженість із поставленими завданнями. Яскравим прикладом процедурних засобів правового мислення є формальна логіка, моделювання, алгоритми, методики, програми.

Змістовні засоби правового мислення включають у себе концепції, підходи, парадигми, гіпотези, принципи, джерела права, узагальнення, фактичні дані тощо. Серед переліку змістовних засобів правового мислення особливе місце займає джерело права, оскільки воно зосереджує в собі правову інформацію, що може істотно відрізнитись від доктринальної концепції.

Визначальні засоби правового мислення зосереджуються у правових визначеннях, понятійному апараті, юридичних конструкціях, презумпціях, преюдиціях тощо. За допомогою цих засобів правового мислення втілюється у особливу правову форму мислення юриста, встановлює загальну для правознавців професійну мову, для того щоб забезпечити однаковість, інформативність, ефективність професійної діяльності.

Не можливо погодитись із В. Курьяновим, який наголошує на тому, що професійне мислення юриста — загальновизнана орієнтація у конкретних професійно-правових ситуаціях правової дійсності, або — система інформаційно-правової насиченості, що склалась завдяки орієнтирам професійного призначення [17, 113], оскільки правове мислення — внутрішня форма процесу розуміння індивідом правової дійсності, результатом якої стає правова поведінка у контексті позитивного права, що втілюється у свідомості суб'єкта права — професіонала-правознавця, виступаючи його динамічним компонентом.

А. Аверін науково-правове мислення розглядає з позицій юридичного пізнання, тобто специфічного виду пізнавальної діяльності людини, що відноситься до гуманітарного типу свідомості і відрізняється суб'єктивною інтерпретацією події, що відбулась у минулому та пов'язана із людським відносинами, критичним аналізом версій цієї події, психологічним сприйняттям встановленого знання про подію [18, 7].

П. Баранов та А. Овчинников зазначають, що розвиток рефлексивного мислення поступово досяг такого рівня, що розум самостійно почав усвідомлювати свою обмеженість у пізнанні та неповноцінності у пізнанні багатомірного світу. Поступово з'ясувалось, що відомості людського мислення до роз'єднання світу та аналізу структурно-логічних форм його вираження не створюють цілісної картини світосприйняття [19, 57].

Правове мислення є специфічним видом людського професійного мислення та відрізняється від інших видів професійного мислення тим, що знаходиться

у правовому полі, володар якого пізнає та аналізує правові явища, у зв'язку із власною юридичною кваліфікацією, владними повноваженнями, та підпорядкуванням закону.

З огляду на вищезазначене, предметом правового мислення завжди будуть правові явища, висновки правового мислення завжди будуть торкатись правових понять та категорій, форма та зміст правового мислення будуть завжди виражені у юридичній формі.

При цьому вирішення правових питань, що не можливо без використання правового мислення, пов'язане із впливом догми права та формальної логіки. Справедливо у цьому сенсі твердження С. Алексєєва про те, що первинно закладена у позитивному праві направленість на вирішення життєвих ситуацій, а звідси — на забезпечення максимальної, граничної визначеності у регулюванні суспільних відносин, на забезпечення її максимально можливої точності, досягається, перш за все, як раз за допомогою того, що всі елементи правової матерії, всі її «атоми» підпорядковувались вимогам і правилам формальної логіки, коли виведені із них висновки виражаються не в діалектичних судженнях типу «і-так, і-ні», а у суворих висновках — «тільки так», «тільки ні» [20, 178].

Однак нормативна-правова база, якою оперує правознавець у професійній діяльності, постійно зазнає змін, оскільки змінюються існуючі суспільні відносини, з'являються нові суспільні зв'язки, еволюціонує саме право, що обумовлює необхідність таких якостей правового мислення, як ініціативність, новаторство, що виходять за межі формально-логічного мислення. Це спричиняє існування своєрідного протиріччя між мобільністю інтелекту, евристичним початками правового мислення та жорстким використанням правил формальної логіки у професійній діяльності.

Таке протиріччя висвітлюється і у професійній мові, оскільки мова, якою ми користуємося у сфері права, об'єктивно повинна бути: гранично визначеною; слова, що використовуються у такій мові, повинні бути однозначними, тобто виключати подвійне тлумачення [21, 35].

Наступною особливістю правового мислення є те, що це вид мислення, який функціонує під регламентацією норм права. Ця особливість важлива у тому аспекті, що завдяки юридичній регламентації процесу мислення, що здійснюється правотворцем та правозастосовувачем, гарантується аналізування не тільки самого процесу мислення, а й якості висновку правотворця та правозастосовувача, який отримано в результаті правового мислення, та його відповідності духу та букві закону.

Ще однією характерною властивістю правового мислення вважаємо те, що правове мислення правознавця у конкретній юридичній ситуації у будь-якому разі темпорально обмежено, оскільки у законодавстві передбачені строки виконання необхідних дій у відповідних правовідносинах, що вимагає від правознавця-професіонала всебічного знання чинного законодавства та швидкої раціональної реакції у вирішенні поставлених професіональних завдань.

Більш того, завдяки лише правовому мисленню можливо виявити якісно нові суспільні відносини, що поки що не врегульовані правом, однак, за своєю

суттю, потребують такої правової регламентації, оскільки охоплюють найбільш важливі соціальні зв'язки.

Слід наголосити на тому, що правове мислення тісно пов'язане із індивідуально-особистими якостями правознавця-професіонала, такими як відповідальність, справедливість, точність, розумність, суворість тощо. Однак будь-яка зміна цих якостей — чи-то їх збільшення, чи їх зменшення, — здатна стати умовою для появи інститутів зловживання правом або правового ідеалізму.

Безперечно, такий перелік особливостей професійного правового мислення не є вичерпним. Однак вищенаведені властивості правового мислення служать його фундаментами.

З огляду на вищезазначене, серед аспектів правової культури доцільно виділити функціональний, аксіологічний та структурний аспекти правової культури.

Функціональний аспект правової культури втілюється в основних напрямленнях дії правової культури на втілення у життя зосереджених у ній правових цінностей та цінностей права. Серед функцій правової культури виділяють інформативну, регулятивну, аксіологічну функції.

У свою чергу, структурний аспект правової культури зосереджується у правосвідомості, правовій поведінці, юридичній діяльності та правовому мисленні у правотворчій діяльності, правовому мисленні у правозастосуванні тощо.

Правовим мисленням у правотворчій діяльності є розумова, творча, інтелектуальна діяльність професіонала-правознавця у процесі правотворчості, направлена на пізнання, оцінку суспільних явищ, що планується нормативно регламентувати, із використанням вже існуючих норм права, правових принципів, для створення нового правового акта, за допомогою як раціональних, так і ірраціональних факторів. Якщо ж національні правотворці вирішують вдаватися до правової акультурації у правотворчості, то їм слід детально проаналізувати сьогоденні реалії правового життя та ступінь готовності вітчизняного правового поля до закордонного запозичення правових явищ, так як кожна правова культура є індивідуальною. Крім того, в знаки дається різниця у об'єктах дослідження вітчизняної та закордонної наук, оскільки вітчизняні реалії говорять про правовий нігілізм або зловживання правом, соціальну нестабільність, декларативність забезпечення прав людини тощо, у той час як, наприклад у Західній Європі, функціонують громадянські суспільства, йде процес становлення та розвитку правових держав.

Отже, як бажане, так й існуюче право втілюється у правосвідомості правотворців настільки, наскільки це можливо із їх індивідуальної правосвідомості, але із урахуванням групової та масової правосвідомості, що іноді знаходяться у протиріччі.

Правове мислення у правозастосуванні можливо визначити як розумову, творчу, інтелектуальну діяльність професіонала-правознавця у процесі правозастосування, направлену на пізнання, оцінку суспільних явищ, що складають фактичну сторону юридичної ситуації, подальшу кваліфікацію цієї справи, з метою прийняття правозастосовного акта, що дозволить більш детально регламентувати конкретні правовідносини.

Таким чином, правове мислення як центральна ланка правової культури — це поетапна, розумова, творча, інтелектуальна діяльність професіонала-правознавця в процесі правової комунікації, направлена на пізнання, оцінку правових явищ, використання норм права, правових принципів для реалізації суб'єктивних прав та обов'язків як самого професіонала-правознавця, так і інших суб'єктів права, що зосереджена на оцінюванні правомірної чи неправомірної поведінки за допомогою використання суджень, що створюються під впливом як раціональних, так і ірраціональних чинників.

### Література

1. Цвік М. В. Правова система України: історія, стан та перспективи. Т. 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвік, О. В. Петришин. — Х. : Право, 2008. — 728 с.
2. Матузов П. И. Теория государства и права : курс лекций / под ред. П. И. Матузова, А. В. Малько. — М. : Юристъ, 1997. — 747 с.
3. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Эспада, 2005. — 839 с.
4. Газенко О. О. Формування правової культури особи в умовах розбудови правової держави України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. О. Газенко ; Запоріж. юрид. ін-т МВС України. — Запоріжжя, 2002. — 198 с.
5. Оборотов Ю. М. Теория держави і права (прагматичний курс) : екзамен. довід. / Ю. М. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 184 с.
6. Алексеев С. С. Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов и фак. / С. С. Алексеев. — М. : Изд. группа НОРМА-ИНФРА — М., 1999. — 570 с.
7. Лазарев В. В. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М., 1996. — 472 с.
8. Семитко А. П. Правовая культура социалистического общества: сущность, противоречие, прогресс / А. П. Семитко. — Свердловск, 1990. — 172 с.
9. Цвік М. В. Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2002. — 432 с.
10. Соколов П. Я. О понятии правовой культуры // Lex Russica. — 2004. — № 2. — С. 388–394.
11. Нерсесянц В. С. Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Норма, 2006. — 832 с.
12. Бачинин В. А. Философия права : крат. слов. / В. А. Бачинин, В. П. Сальников. — СПб., 2000. — 324 с.
13. Мордовцев А. Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: культурно-антропологические проблемы // Философия права. — 2003. — № 1(7). — С. 41–46.
14. Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : Изд-во Рост. ун-та, 2003. — 344 с.
15. Селіванов В. М. Взаємозв'язок пізнавально-теоретичної діяльності у сфері права та юридичної практики // Право і влада суверенної України. — К., 2002. — 724 с.
16. Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность : учеб. пособие / А. Э. Жалинский. — М. : БЕК, 1997. — 330 с.
17. Курьянов В. А. Процессуально-правовое мышление в деятельности следователя // Юрист-Правовед. — 2008. — № 5. — С. 112–115.
18. Аверин А. В. Формирование научно-правового мышления судей как направления судебно-правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 2. — С. 6–13.
19. Баранов П. П. Актуальные проблемы правосознания и правового мышления : учеб. пособие / П. П. Баранов, А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : РЮИ МВД России, 2006. — 321 с.
20. Алексеев А. С. Право: азбука-теория-философия: опыт комплексного исследования / А. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 463 с.
21. Грашчев В. Д. Стиль правового мышления и формальная логика // Философия права — 2008. № 2. — С. 34–38.

### Анотація

*Андріюшко І. Я.* Правове мислення як центральна ланка правової культури. — Стаття.

У статті правове мислення розглядається за допомогою вивчення правової культури як комплексного правового явища, а саме структурного, функціонального та аксіологічного бачення правової культури. У свою чергу, правове мислення — динамічний компонент правової культури, який є новаторською, інтелектуальною діяльністю правознавця-професіонала, направленою на пізнання права, його реалізацію та еволюціонування правової системи.

*Ключові слова:* правова культура, правове мислення, професійна юридична діяльність, засоби правового мислення, етапи правового мислення, особливості правового мислення.

### Аннотация

*Андрюшко И. Я.* Правовое мышление как центральное звено правовой культуры. — Статья.

В статье правовое мышление рассматривается посредством изучения правовой культуры как комплексного правового явления, а именно структурного, функционального и аксиологического аспектов правовой культуры. В свою очередь, правовое мышление — динамический компонент правовой культуры, который является новаторской, интеллектуальной деятельностью правоведа-профессионала, направленной на познание права, его реализацию и эволюционирование правовой системы.

*Ключевые слова:* правовая культура, правовое мышление, профессиональная юридическая деятельность, средства правового мышления, этапы правового мышления, особенности правового мышления.

### Summary

*Andriushko I. Y.* Legal thinking as the central link of the legal culture. — Article.

In this article the legal thinking is analyzed through the study of the legal culture as a complex legal phenomenon and its structural, functional and axiological sides. And the legal thinking is a dynamic component of the legal culture and it is an innovative, intellectual professional lawyer's activity aims to the cognition of law, its realization and evolution of a legal system.

*Keywords:* legal culture, legal thinking, professional legal work, means of legal thinking, stages of legal thinking, peculiarities of legal thinking.

УДК 340.114.5+159.955.4

*І. І. Сенчак*

### ПСИХОЛОГІЧНИЙ МЕХАНІЗМ ПРАВОВОЇ РЕФЛЕКСІЇ

Правова рефлексія є індивідуальною формою прояву правового мислення та правової свідомості особи. Цей специфічний феномен психіки проявляється у сукупності трьох поєднаних між собою модусів: процес, властивість і стан. Розглядаючи правову рефлексію у модусі індивідуального психічного процесу, її можна характеризувати як співвідношення особою своїх знань про право зі способом своєї діяльності, пов'язаної із застосуванням норм права, із специфікою умов, за яких ця діяльність необхідно виконати (інтелектуальний аспект), або як переосмислення своєї власної поведінки, пов'язаної із реалізацією норм права чи переосмислення наявних у особи правових цінностей, сформованих у її свідомості (особистісний аспект).

© І. І. Сенчак, 2012

Для того щоб зрозуміти, яким чином формується правова рефлексія у мисленні психічної властивості особи, а також як можна підвищувати її рівень та сформувати рефлексивний стан психіки особи, надзвичайно важливим завданням є вивчення психологічного механізму правової рефлексії.

На сьогоднішній час у психології розроблені різноманітні підходи до вивчення рефлексивних механізмів і зумовлено це в основному багатогранністю її проявів, вивченням її в окремих аспектах та дослідженням окремих її видів. Проблемою дослідження рефлексивних механізмів займалися як зарубіжні, так і деякі вітчизняні науковці, зокрема: Дж. Адамс-Веббер, Н. Г. Алексеев, Г. А. Голіцин, В. В. Давидов, Б. Д. Ельконін, А. З. Зак, А. В. Карпов, І. О. Котик, Ю. Н. Кулюткін, В. А. Лефевр, Ю. І. Лобанова, Д. В. Позняк, Я. А. Пономарьов, В. І. Слободчиков, А. С. Шаров, А. А. Тюков, Г. П. Щедровицький та ін.

В. А. Лефевр та Дж. Адамс-Веббер, досліджуючи рефлексію та її механізми, поряд із рефлексією у традиційному її розумінні виділяють також певний своєрідний її вид, який має зовсім іншу природу, і називають її «швидкою рефлексією» [1]. Описуючи механізм цієї рефлексії, В. А. Лефевр зазначає [2], що у психіку людини вмонтований вроджений процесор, функцією якого є одночасне відображення як перцепції і поведінки, так і суб'єктивного світу. Робота цього процесора ніяким чином свідомо не контролюється, відбувається дуже швидко і породжує специфічний спектр реакцій: моделювання себе і інших, моделювання своїх внутрішніх переживань або переживань інших людей.

У дослідженнях, орієнтованих на методологію кібернетичного і інформаційного підходів у психології, механізм рефлексії прирівнюється «зворотному зв'язку». Прототип цієї концептуалізації — фізіологічні уявлення про нерво-рефлекторну діяльність мозку. При такому натуралістичному розумінні випускається із уваги якісна специфіка рефлексії, як особливої властивості власне людської, соціально детермінованої, свідомої психіки. А. С. Шаров зазначає [3], що проблеми, пов'язані із розумінням психіки і її еволюції, зворотнього зв'язку та самоорганізації підштовхують до онтологічного визначення сутності рефлексії, а для цього необхідно опиратися на концептуальний підхід. Таким він вважає регулятивну концепцію, розроблену І. М. Сеченовим та С. Л. Рубінштейном, відповідно до якої рефлексія притаманна психіці як її базовий атрибут, звісно із врахуванням її розвитку у філо- та онтогенезі.

Ю. Н. Кулюткін [4], досліджуючи рефлексивний механізм, зазначає, що рефлексія виконує функцію багаторівневого зворотного зв'язку. Він її розглядає у структурі саморегуляції особи і визначає рефлексивний механізм як спрямованість на пошук та створення засобів, за допомогою яких можна було б досягнути бажаної мети.

В. В. Давидов та А. З. Зак [5] у контексті дослідження психологічних механізмів рефлексії виділяють два типи рефлексії: формальну та змістовну. Якщо людина, вирішуючи певне завдання, опирається на ситуативні орієнтири і вважає їх основою своєї діяльності, то таку рефлексію, на їх думку, слід вважати формальною, оскільки особа хоча й усвідомлює основи своїх дій, однак ці основи одиничні і ситуативні. Якщо ж людина, вирішуючи завдання,

застосовує узагальнені, позаситуативні орієнтири і вважає їх основою своєї діяльності, то таку рефлексію необхідно вважати змістовною, оскільки такі орієнтири є необхідною умовою успішного вирішення зовнішньо різних, але внутрішньо схожих завдань. На їх думку, як формальна, так і змістовна рефлексія є процесом співвідношення особою способу своїх дій із особливостями умов, за яких ці дії необхідно виконати. Таке співвідношення здійснюється у внутрішньому плані. Стикаючись із завданням, людина або намагається використати уже відомий їй спосіб дії і здійснює співвідношення існуючих умов із відомим способом дії, або намагається виробити новий спосіб і здійснює співвідношення існуючих умов із можливим способом дії. У цьому контексті В. В. Давидов та А. З. Зака визначають планування як умову рефлексії.

Помітним є той факт, що розглянуті підходи рефлексивного механізму визначають рефлексію в інтелектуальному аспекті її прояву, коли вона виступає засобом формування нових знань. Концепція рефлексивного механізму В. В. Давидова та А. З. Зака цілком слушна у випадку, коли особа (наприклад, практикуючий юрист чи студент-правник), вирішуючи певне завдання, яке потребує застосування норм права, здійснює при цьому співвідношення своїх знань про право і способу своєї професійної діяльності із специфікою умов, за яких цю діяльність необхідно виконати. Також розмежування рефлексії В. В. Давидовим та А. З. Заком на формальний тип та змістовний певним чином можна зіставити з розмежуванням правової рефлексії на повсякденно-правову та професійно-правову [6]. Так, повсякденну правову рефлексію ми характеризуємо як аналіз особою знань про право, визначення та усвідомлення себе у суспільних правових відносинах, коли особа стає частиною таких «буденних» правовідносин. По відношенню до студента-правника або практикуючого юриста такий механізм рефлексування застосовується у випадку, коли хтось із них здійснює діяльність, пов'язану із застосуванням норм права, але така діяльність не стосується навчального процесу (а саме: вивчення фахових юридичних дисциплін, проходження навчальної практики, написання курсових, кваліфікаційних чи дипломних робіт і т.п.) студента-правника та професійної діяльності практикуючого юриста. У такому разі у більшості випадків не рефлексуються та не застосовуються якісь конкретні навички, набуті у процесі навчання чи професійної роботи, а відбувається аналіз загальних правових принципів, застосовується аналогія відомих, зовнішньо схожих випадків, щоб знайти певне рішення на основі загального досвіду. Звісно, проводячи розмежування повсякденної і професійної правової рефлексії у студента-правника та практикуючого юриста, необхідно визнати, що в процесі онтогенезу ця межа досить сильно нівелюється під постійним впливом професійного досвіду. Однак в основу механізму рефлексування, у випадку повсякденно-правової рефлексії, закладаються загальні орієнтири про застосування норм права, оскільки не так часто виникає потреба застосовувати у позаробочий час (у повсякденному житті) вузькопрофесійні навички. Тому основа, на якій будується механізм повсякденно-правової рефлексії, на нашу думку, має більш загальний, формальний характер.

У випадку ж професійно-правової рефлексії відбувається змістовний аналіз ситуації, за якої необхідно прийняти певне рішення і вчинити конкретні дії для розв'язання цього проблемного завдання. Особа шукає правильне рішення, однак через брак професійного досвіду (відсутність відомого шаблону діяльності) змушена аналізувати внутрішньо найбільш схожі завдання, які раніше вже траплялися в її житті, для того щоб вирішити нове проблемне завдання, яке зовнішньо відрізняється від усіх попередніх. В основу рефлексування закладаються конкретні норми права, що мають відношення до даної ситуації, відбувається рефлексія над існуючим професійним досвідом. При цьому відбувається змістова переробка цих конкретно-визначених орієнтирів. У процесі навчання та набуття професійного досвіду у студента-правника та юриста відбувається постійне розширення сфери застосування механізмів професійно-правової рефлексії по відношенню до механізмів повсякденно-правової рефлексії. Однак, яким би не був високим професійний рівень та великим професійний досвід юриста, механізм повсякденно-правової рефлексії буде застосовуватися час від часу, при здійсненні загального характеру правових вчинків. Рівень професіоналізму буде визначати силу впливу професійно-правової рефлексії на орієнтири механізму повсякденно-правової рефлексії і, як ми вже відзначили, з професійним ростом відбуватиметься нівелювання межі між ними та звужуватиметься обсяг загальноправових орієнтирів по відношенню до конкретно-змістовних, обсяг яких постійно зростатиме. Ця тенденція, на нашу думку, особливо помітна у навчальному процесі при підготовці майбутніх юристів. Адже передбачене навчальними програмами обов'язкове вивчення фахових юридичних дисциплін (кримінального, цивільного, трудового, господарського, адміністративного та ін. галузей права) різко та масштабно переводить значну кількість загально-правових орієнтирів у розряд спеціально-правових, які визначатимуть професіоналізм фахівця у майбутньому. Для підготовки майбутнього юриста у вузі важливо максимально розширити базу спеціально-правових орієнтирів шляхом інтенсифікації професійно-правової рефлексії у навчальному процесі.

Науковцями досліджувалися механізми рефлексії, які характерні не тільки для інтелектуального аспекту, але і для комунікативного, кооперативного та особистісного аспектів її прояву. Так, досліджуючи онтологію психологічних механізмів, А. С. Шаров зазначає, що рефлексія є базовим механізмом самоорганізації психічної активності, а у процесі рефлексування відбувається визначення і побудова меж інтенціональної активності, об'єднання і організація меж психіки у певну цілісність. Для нього рефлексія є не тільки механізмом усвідомлення і зміни способу діяльності, але й певним механізмом, який оформляє свідомість та самосвідомість і формує систему меж для особи. А. С. Шаров виділяє п'ять етапів розгортання психологічного механізму рефлексії. На першому етапі психічна активність має інтенціональний характер і направлена на актуальний для особи об'єкт і його межі. Саме на цьому етапі особа виходить за межі своєї діяльності, відбувається виділення рефлексованого об'єкта чи діяльності, тобто відбувається первинна категоризація. На наступному

етапі відбувається визначення і побудова меж рефлексованої активності. На третьому етапі межі об'єднуються і рефлексивна активність направлена на побудову цілісного процесу. Далі відбувається організація і систематизація меж. На останньому етапі відбувається об'єктивація процесу та результату рефлексивної активності і характеризується він тим, що процес і результат рефлексивної активності стають доступними для особи, тобто репрезентуються для неї. Такий механізм рефлексії, описаний А. С. Шаровим, має певні спільні ознаки із механізмом, розробленим у рамках психологічних досліджень, орієнтованих на методологію логіко-гносеологічного і соціологічного знання, де загальний механізм рефлексії описується у вигляді моделі «рефлексивного виходу» суб'єкта за межі здійснюваної діяльності або «встановлення відносин» між її різними структурними утвореннями з метою подолання виникаючих у ній «розривів» і зупинок [7]. Однак розроблена А. С. Шаровим модель рефлексії неявно припускає в якості свого підґрунтя припущення про те, що суб'єкт вирішує виникаючі перед ним проблеми завжди репродуктивно і ретроспективно. При цьому творчі можливості людини обмежуються кількістю потенційно можливих комбінацій вже наявних засобів і знань. Із психологічної точки зору це, по суті, означає, що рефлексія не може забезпечити формування якісно нових утворень. Не приймається до уваги і особистісно-змістовний план рефлексивного механізму, а це звужує пояснювальний потенціал даної моделі у психологічних дослідженнях.

Модель «рефлексивного виходу» також пропонує Г. П. Щедровицький. Він висуває гіпотезу про розгляд рефлексії з точки зору «ідеї кооперації діяльностей». На основі цієї ідеї будується схема «рефлексивного виходу» за межі діяльності у випадку неможливості її виконання. Перейшовши у позицію нової діяльності, індивід отримує засоби «будувати значення», виходячи із яких розуміє і описує попередню діяльність. Друга діяльність рефлексивно «поглинає» першу як матеріал. Механізм поглинання дозволяє будувати системи кооперації діяльних позицій [8, 22–23].

Дотримуючись вищезгаданого підходу, А. А. Тюков описав рефлексивний механізм, який проявляється у кооперативній діяльності людей. На його думку, умовою виникнення рефлексії і рефлексивного виходу, який є початковим моментом цього процесу, є «розрив», що виникає в суспільній структурі діяльності. А. А. Тюков в психологічному механізмі рефлексії виділив такі елементи: рефлексивний вихід, інтенціональність, первинну категоризацію, конструювання системи рефлексивних засобів, схематизацію рефлексивного змісту, об'єктивацію рефлексивного опису діяльності [9]. Проте ми погоджуємося із А. В. Карповим [10], що такий психологічний механізм рефлексії характерний, перш за все, для кооперативної діяльності і не завжди може бути так само повно розгорнутий у діяльності окремої особи, а тому вважаємо, що його доречніше досліджувати при вивченні психологічних механізмів суспільної рефлексії або, наприклад, при дослідженні процесів рефлексії права, тобто у випадках кооперативного чи комунікативного аспектів прояву рефлексії. У випадку ж дослідження механізмів правової рефлексії як особистісної властивості

вості цей підхід не є вдалим, оскільки упускається власне особистісний аспект прояву правової рефлексії. Більше того, ми критично ставимося до твердження А. А. Тюкова, який вважає індивідуальну рефлексію вторинною формою, і яка, на його думку, є персоніфікованим і інтеріоризованим процесом, який за своєю первинною і дійсною формою є міжіндивідуальним [9, 70]. На нашу думку, індивідуальна рефлексія є як інтеріоризованим, так і екстеріоризованим процесом і може бути як вторинною формою, так і первинною.

Проблему дослідження психологічних механізмів рефлексії у особистісному аспекті розробляли у рамках рефлексивно-гуманістичного підходу. У цьому випадку механізм рефлексії розумівся як усвідомлення і переусвідомлення стереотипів досвіду і їх евристичне подолання аж до утворення нового (креативно-інноваційного) його змісту [11]. У контексті розуміння рефлексії як процесу переосмислення шаблонів мислення, спілкування, взаємодії І. Н. Семеновим і С. Ю. Степановим була запропонована концептуальна модель рефлексивно-інноваційного процесу. Ця модель дістала назву «кристалічна», оскільки її графічне зображення нагадувало на вигляд кристал [12, 81]. Використовуючи такий підхід, І. Н. Семенов та С. Ю. Степанов, розглядаючи механізм рефлексії, наводять її схему, яку доречніше використовувати, розглядаючи власне індивідуальну діяльність. У даній схемі можна виділити певні етапи розгортання рефлексивного механізму:

- на першому етапі відбувається актуалізація ресурсів Я при зіткненні суб'єкта із проблемно-конфліктною ситуацією. При цьому суб'єкт намагається застосувати відомі йому способи діяльності (проблемність ситуації полягає у тому, що засоби, якими володіє суб'єкт, знання і навички є непридатними, що викликає необхідність їх адекватної реорганізації відповідно до вимог цієї проблемної ситуації, а конфліктність — у тому, що спроби особистісної самореалізації, які застосовує особа, зазнають невдачі і зумовлюють необхідність застосування активних дій для досягнення результату);

- на другому етапі у процесі виконання завдання виникає протиріччя ресурсів Я (інтелектуальних і особистісних стереотипів) із новими умовами і обставинами, що проявилися у такій ситуації, оскільки виникає недостатність наявних шаблонів діяльності;

- у результаті такого протиріччя відбувається переосмислення особою у процесі мислення своїх інтелектуальних та особистісних стереотипів і це зумовлює виникнення їх новоутворень, реалізація яких відбувається шляхом реорганізації змісту власного досвіду. Такий механізм допомагає подолати протиріччя проблемно-конфліктної ситуації.

Схожий механізм рефлексії описує Б. І. Хасан [13], який зазначає, що у тому випадку, коли у діяльності застосовуються звичні нам шаблони, які згодом не надають очікуваних результатів, відбувається спонтанне включення рефлексивного мислення. Він виділяє декілька етапів реалізації рефлексивного механізму. На його думку, спочатку відбувається зупинка неефективних дій у вигляді паузи, тобто здійснюється лише вихід у рефлексивну позицію. На наступному етапі відбувається відмова від попередніх шаблонів діяльності,

а для її здійснення необхідне виділення у внутрішньому плані діяльності «другого Я», яке зможе виконати надситуативну роботу ортогонально по відношенню до Я — носія непродуктивних шаблонів діяльності. Відбувається розмежування «Я-рефлексуючого» і «Я-діяча», при цьому «Я-рефлексуюче» стає актуальним і діє у теперішньому часі, повертаючись до «Я-діяча», яке знаходиться, як правило, у часі минулому. Змістом наступного етапу є побудова меж рефлексованого, тобто фіксуються часові і просторові межі наявної ситуації. Реконструкція змісту рефлексованої ситуації і конструювання змісту передбачають у якості опорної дії вибір позиції для «Я-рефлексуючого», так як саме визначена позиція обумовлює і засоби роботи, і вибір елементів змісту. Також Б. І. Хасан виділяє специфічну наскрізну операцію, яка пронизує увесь рефлексивний процес і при якій здійснюється співвідношення бажаного результату із шаблонами діяльності, направленої на її досягнення. На його думку, саме реалізація цієї операції дозволяє вважати процес рефлексивним.

Із цього можна зробити висновок, що згадані підходи щодо визначення рефлексивного механізму, які розроблені І. Н. Семеновим і С. Ю. Степановим, а також Б. І. Хасаном мають багато спільного із моделями рефлексивного механізму, які описують інші науковці, зокрема, рефлексивний механізм В. В. Давидова та А. З. Зака. Однак рефлексивна модель І. Н. Семенова і С. Ю. Степанова та модель Б. І. Хасана чітко передбачають дослідження рефлексії не тільки в інтелектуальному, а й особистісному аспекті її прояву, вони роблять акцент на особистісно-змістовному аспекті мислення особи. Їхні рефлексивні моделі можна адаптувати для дослідження правової рефлексії, яку ми вже раніше визначили як індивідуальну властивість, що виражається в інтелектуальному і особистісному аспектах.

Взявши за основу «кристалічну модель» рефлексивно-інноваційного процесу, описану А. В. Растяніковим, С. Ю. Стапановим та Д. В. Ушаковим [12, 83], а також рефлексивну модель Б. І. Хасана, ми сформували модель механізму правової рефлексії у типовому її вигляді.

Отже, при здійсненні діяльності, яка пов'язана із застосуванням норм права, досить часто виникають проблемно-конфліктні ситуації. Такі випадки трапляються тоді, коли наявний брак знань у певній галузі права, коли не вистає досвіду щодо застосування якихось конкретних правових норм, коли в особистісному аспекті необхідно змінити свої принципи, переконання, своє відношення до чинних норм права, реалізувати переоцінку правових цінностей, сформованих у особи для того, щоб досягти результату, якого прагне особа у момент настання цієї проблемно-конфліктної ситуації.

На рис. 1 ми схематично зобразили модель реалізації механізму правової рефлексії при настанні такої проблемно-конфліктної ситуації. Площина  $A^1$  і  $B^1$  зображують процес мислення особи при застосуванні норм права. Площина  $A$  характеризує момент (психічний стан), коли починається розрив у діяльності через настання проблемно-конфліктної ситуації. Цей момент є початком рефлексивного механізму, відправним пунктом розгортання правової рефлексії. Площина  $B$  є кінцевим моментом, до якого прагне особа для вирішення ситуа-

ції. Вектор від площини  $A$  до площини  $B$  є певним часовим проміжком, протягом якого розвивається та реалізується рефлексивний механізм, а площина  $C$  — відображенням того вакууму, який необхідно заповнити шляхом реалізації рефлексивного механізму, щоб з'єднати розрив, який виник у проблемно-конфліктній ситуації. Заповнення цього вакууму, тобто реалізація рефлексивного механізму, передбачає не просто подолання часового розриву в діяльності, а найголовніше — його змістовне наповнення шляхом трансформації площини  $A$  у площину  $B$ , під час якої відбувається перетворення ситуативних орієнтирів у якісно нові, що допомагає подолати фактор проблемності та конфліктності у зазначеній ситуації і сформувати новий рівень психічного стану, який по-новому дає можливість оцінювати подібну проблемну ситуацію.

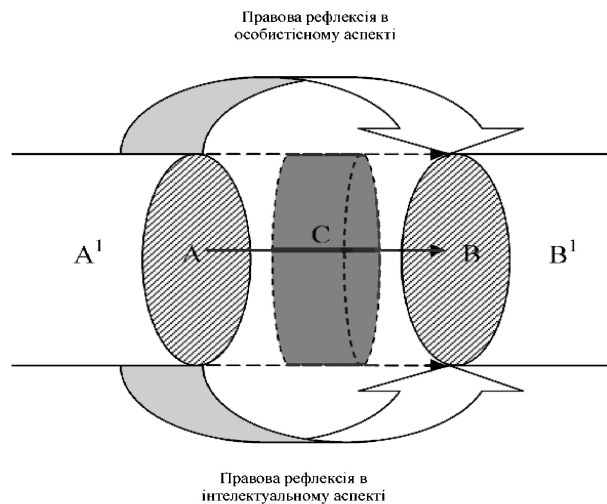


Рис. 1. Модель механізму правової рефлексії при вирішенні проблемно-конфліктної ситуації

Для того щоб рефлексивний механізм зреалізувався, особа в момент настання розриву в діяльності (пункт  $A$ ) повинна спроектувати існуючі орієнтири у прогнозовані орієнтири, які знаходяться у пункті  $B$ . Після цього відбувається зворотний аналіз та оцінка прогнозованих орієнтирів  $B$  по відношенню до наявних в пункті  $A$  і як результат — прогнозовані орієнтири в площині  $B$  набувають якості наявних орієнтирів, але вже на значно якіснішому рівні, ніж характеризувалися наявні орієнтири у площині  $A$  на початку проблемно-конфліктної ситуації.

Діяльність, яка була виконана завдяки механізму правової рефлексії, стає новим шаблоном, який буде репродуктивно застосовуватись у майбутніх аналогічних ситуаціях, які через якісне розширення ситуативних орієнтирів вже не будуть проблемно-конфліктними для особи.

На нашу думку, особистісні та інтелектуальні аспекти правової рефлексії тісно пов'язані між собою, хоча у залежності від конкретної проблемно-конфліктної ситуації, від ситуативних орієнтирів, що лежать в основі її виникнення, та від її змістовного наповнення залежить і те, який з аспектів правової рефлексії буде домінуючим у рефлексивному механізмі. Така модель рефлексивного механізму, що розгортається у процесі мислення особи при застосуванні норм права та здійсненні певних правових вчинків, показує, що правова рефлексія може бути охарактеризована як певний індивідуальний психологічний процес, який має часовий вимір, і як індивідуальна психологічна властивість, яку можна оцінити за змістом та якісними наслідками перетворень, що відбулися при вирішенні проблемно-конфліктної ситуації.

При вивченні проблематики психології творчості науковці схилиються до застосування комплексного підходу, конструктивність якого доведена Я. А. Пономарьовим [14] та Ю. І. Лобановою [15] і який дозволяє розглядати рефлексію в усіх аспектах її прояву (інтелектуальний, особистісний, кооперативний, комунікативний). Однак при дослідженні правової рефлексії у модусі індивідуального психічного процесу такий підхід є недоречним, оскільки зумовлює побудову моделі не тільки правової рефлексії, а й моделі процесу рефлексії права як міжособистісного суспільного процесу.

Отже, існують різноманітні підходи до вивчення психологічного механізму рефлексії: від занадто спрощеного механізму «зворотного зв'язку», де в основі закладено прототип нервово-рефлекторної діяльності мозку, до складних, багатоступінчастих моделей механізму рефлексії. Якщо розглядати психологічний механізм правової рефлексії лише в інтелектуальному аспекті її прояву, то його модель більш спрощена і показує, що в основі цього механізму закладено аналіз та змістовну переробку ситуативних чи конкретно-змістовних орієнтирів, а це призводить до формування нових орієнтирів вже на якісно вищому рівні. Якщо ж розглядати психологічний механізм правової рефлексії у цілісному його вигляді (інтелектуальний та особистісний аспекти прояву правової рефлексії), то модель цього механізму має більш складну та структуровану будову.

### Література

1. Lefebvre V. A. Functions of Fast Reflexion in Bipolar Choice [Електронний ресурс] / V. A. Lefebvre, J. A. Webber // Reflexive processes and control. — Vol. I, N 1. — P. 29–40. Режим доступу: [http://cogprints.org/2760/1/Fast\\_Reflexion.pdf](http://cogprints.org/2760/1/Fast_Reflexion.pdf).
2. Lefebvre V. A. The Fundamental Structures of Human Reflexion // Journal of Social and Biological Structures. — 1987. — N 10.
3. Шаров А. С. Онтология психологических механизмов рефлексии [Электронный ресурс] // Электронный научный журнал «Вестник Омского государственного педагогического университета». — Вып. 2006. — Режим доступа: <http://www.omsk.edu/article/vestnik-omgpu-25.pdf>.
4. Кулюткин Ю. Н. Рефлексивная регуляция мышления // Деятельность и психические процессы: тез. докл. к V Съезду Общества психологов СССР. — М., 1977. — С. 72–79.
5. Давыдов В. В. Уровень планирования как условие рефлексии / В. В. Давыдов, А. З. Зак // Проблемы рефлексии. Современные комплексные исследования. — Новосибирск: Наука, 1987. — С. 43–48.
6. Сепчак І. І. Правова рефлексія як невід'ємний компонент у механізмі формування правосвідомості // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». — 2011.

7. Алексеев Н. Г. Использование психологических моделей мышления в изучении и диагностике шахматного творчества // Исследование проблем психологии творчества. М., 1983.
8. Щедровицкий Г. П. Коммуникация, деятельность, рефлексия // Исследования рече-мыслительной деятельности. — Алма-Ата, 1974. — С. 12–28.
9. Тюков А. А. О путях описания психологических механизмов рефлексии // Проблемы рефлексии. Современные комплексные исследования. — Новосибирск : Наука, 1987. — С. 68–75.
10. Карпов А. В. Психология рефлексивных механизмов деятельности / А. В. Карпов. М. : Ин-т психологии РАН, 2004. — 424 с.
11. Семenov И. Н. Рефлексия в организации творческого мышления и саморазвитии личности [Электронный ресурс] / И. Н. Семенов, С. Ю. Степанов // Вопросы психологии. — 1983. — № 2. — Режим доступа : <http://www.voppsy.ru/issues/1983/832/832035.htm>.
12. Растяпников А. В. Рефлексивное развитие компетентности в совместном творчестве / А. В. Растяпников, С. Ю. Степанов, Д. В. Ушаков. — М. : ПЕР СЭ, 2002. — 319 с.
13. Хасан Б. И. Операции рефлексивной коррекции в конфликтном взаимодействии // Проблемы логической организации рефлексивных процессов. — Новосибирск, 1986. — С. 62–63.
14. Пономарев Я. А. Методологическое введение в психологию / Я. А. Пономарев. — М., 1983. — 205 с.
15. Лобанова Ю. И. Исследования влияния рефлексивного механизма на успешность профессиональной подготовки современного специалиста : автореф. дис. ... канд. психол. наук / Ю. И. Лобанова. — СПб., 1998.

### Анотація

**Сенчак І. І.** Психологічний механізм правової рефлексії. — Стаття.

У статті автор аналізує проблему дослідження психологічного механізму правової рефлексії. Цей специфічний феномен психіки проявляється у сукупності трьох поєднаних між собою модусів: процес, властивість і етап.

**Ключові слова:** правова рефлексія, механізм правової рефлексії.

### Аннотация

**Сенчак И. И.** Психологический механизм правовой рефлексии. — Статья.

В статье автор анализирует проблему исследования психологического механизма правовой рефлексии. Этот специфический феномен психики проявляется в совокупности трех связанных между собой модусов: процесс, свойство и состояние.

**Ключевые слова:** правовая рефлексия, механизм правовой рефлексии.

### Summary

**Senchak I. Iv.** The psychological mechanism of legal self-reflection. — Article.

In this article author analyse the problem of investigation legal self-reflection in scientific literature. This particular phenomenon is manifested in the mind set of three interconnected modes: process, property and status.

**Keywords:** legal self-reflection, the psychological mechanism of legal self-reflection.

## ПРОБЛЕМА АКСІОЛОГІЧНОЇ ОСНОВИ СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

У міжнародному правопорядку цінності присутні з погляду на діяльність його як і раніше основних суб'єктів — держав. Держави формують їх в процесі створення внутрішньодержавного і міжнародного права, завдяки своїй аксіологічній свідомості надають виробленим цінностям юридичного значення. Правосвідомість не може бути в цьому процесі відділена від аксіологічної свідомості, тому що правотворча діяльність як діяльність цілеспрямована залишається зосередженою на реалізації бажаного і в цьому значенні ціннісного стану речей. Можна тому вказати на правосвідомість органів держави щодо виключної важливості і нагальної необхідності захисту й охорони цінностей, що складають предмет спільного інтересу на основі зобов'язань в міжнародному праві.

Метою статті є дослідження ціннісних підстав міжнародного права, адже це надзвичайно важливо для формування сучасного правопорядку в глобальному суспільстві. У цьому дослідженні звертається увага в першу чергу на поняття міжнародно-правових цінностей, їх вплив на інтеграційні процеси в площині міжнародно-правовій і інституціональній, особливо у зв'язку з процесом формування європейського правового порядку.

Окремі аспекти даної проблематики розглядали у своїх працях, зокрема, А. П. Мовчан, І. І. Лукашук, В. І. Євінтов, М. О. Ушаков, Г. І. Тункін, М. Л. Ентін, П. М. Рабинович, Н. Є. Тюріна, О. О. Мережко, Р. Квечень. Проте еволюція сучасного міжнародного права в умовах глобального суспільства потребує більш ретельного пошуку аксіологічного фундаменту міжнародного права.

Нові тенденції світового суспільного розвитку, що позначилися наприкінці ХХ — початку ХХІ століття, поставили перед міжнародно-правовою наукою ряд важливих теоретичних і практичних завдань, від ефективного вирішення яких багато в чому залежатиме вибір стратегічного напрямку подальшого розвитку людської цивілізації. Найважливіше з цих завдань, на наш погляд, полягає сьогодні у визначенні змістовних характеристик майбутнього світового порядку, заснованого на верховенстві права, а також в створенні необхідних механізмів і процедур його побудови і функціонування [1, 179].

Аксіологія міжнародного права — філософія цінностей, що створюють основи міжнародного правопорядку. В залежності від концепції міжнародного права і онтологічних переконань дослідника філософія цінностей міжнародного права реалізується, об'єктивується у відповідному нормативному матеріалі. Можна говорити про солідаристську аксіологію права, аксіологію природно-правову, ліберальну, комунітаристичну або позитивістську [2, 177]. Для подальшого творення міжнародного права необхідно насамперед виявити ціннісний фундамент, на якому будуть засновані його норми. З цією метою міжнародне

право буде нами розглядатися з точки зору природноправової концепції, тому що для позитивістів міжнародне право саме по собі є цінністю, незважаючи на його конкретний зміст. Непозитивістські аргументи спираються на переконання, що над позитивним правом існують фундаментальні цінності, які повинні бути реалізовані й захищені створюваними нормами права.

В рамках аксіології міжнародного права необхідно дослідити два нормативних порядки: правовий і моральний. І тут постає основне питання, відповідь на яке наблизить нас у пошуку аксіологічних основ міжнародного права: чи цінності моральні є також цінностями правовими або вони функціонують у правовому порядку поряд з правовими нормами і не чинять значного впливу на зміст останніх? Тобто питання постає наступне: чи засноване право на іншому нормативному фундаменті? Відповідь на це питання, однак, визначає відмінність між позитивізмом та іншими концепціями в науці міжнародного права та філософії права. Під поняттям цінності розуміється те, що варте того, щоб за нього турбуватися, те, що становить мету людських бажань чи прагнень або, іншими словами, те, що в значній мірі приймається до уваги при прийнятті практичних рішень. В правопорядку практичні рішення будемо розуміти широко — як дії, що впливають на правотворчість, тлумачення права і правозастосування або користування суб'єктами права правами, якими правові норми їх наділяють. Розглядаючи систему цінностей, необхідно виділити в правопорядку цінності «зовнішні» і «внутрішні». До перших можна віднести цінності, що походять з інших нормативних порядків, ніж право, і як такі мотивують діяння суб'єктів права. Насамперед, це моральні цінності, що враховуються в процесі творення, тлумачення і застосування права. Вони впливають на будь-який правовий порядок. Адже нерідко говоримо про добре або недобре право. Внутрішні цінності правового порядку — то його власні цінності, такі як послідовність, прозорість, передбачуваність, гнучкість. Межа між цінностями «внутрішніми» й «зовнішніми» часом непомітна. Проте не виключений і конфлікт між «внутрішніми» й «зовнішніми» цінностями. Наприклад, складність вибору між справедливістю й правовою безпекою. В будь-якому разі, обидві сторони спору про «етичність права», тобто позитивісти й їх опоненти, погоджуються із притаманністю правовій системі якостей, означених нами як внутрішні цінності. Треба насамперед зазначити, що серед великої кількості визначень міжнародного правопорядку нам найбільш близьке те, що дав І. І. Лукашук: «Міжнародний правопорядок є результатом впорядкування системи міжнародних відносин за допомогою міжнародного права» [3, 17]. З ним погоджується й А. П. Мовчан, який зазначає, що стосовно міжнародного співтовариства держав поняття «порядок» повинно відповідати загальнолюдським уявленням, що склалися, і, відповідно, означати певний порядок у відносинах між державами, передбачений і встановлений міжнародним правом [4, 5].

Все вищенаведене відноситься як до внутрішньодержавного права, так і до міжнародного права. У міжнародному правопорядку також функціонують внутрішні цінності. Однією з причин цього є глибокий зв'язок міжнародного

права із цінностями внутрішньодержавних правопорядків. Ці цінності оказують безперечний вплив на створювані норми міжнародного права.

Несприятливий образ міжнародного права порівняно з національними правовими системами демократичних країн створюється, фактично, через відсутність загальної згоди з приводу багатьох актуальних проблем регіонального і глобального рівня. Можна сказати, що культурний та аксіологічний плюралізм, що характеризує сучасне міжнародне співтовариство держав, не сприяє побудові її стабільних правових підстав. Група держав, і навіть кожна конкретна держава, представляють різні народності, різні культури, які іноді суперечать одна одній, в кращому разі нейтральні одна одній. Тому легше досягти ідеологічної і аксіологічної єдності у вузькому колі або на регіональному рівні, ніж у глобальних масштабах. Крім того, сучасне міжнародне право повинно бути відкритим до змін. Консерватизм цієї системи права іноді просто вражає в порівнянні з динамікою законодавчих змін у національних правових системах. Можна сказати, що у праві міжнародному процеси змін носять еволюційний характер у більшій мірі, ніж у праві внутрішньодержавному, що іноді розвивається революційним шляхом.

У міжнародних відносинах насправді мало питань, що розглядаються державою як загальне благо всього міжнародного співтовариства, і тому потребують абсолютного правового захисту. Найчастіше вироблення загальних для міжнародного співтовариства цінностей ми можемо спостерігати у випадках, коли виходять на перший план глобальні проблеми людства, наприклад необхідність боротися з глобальними змінами клімату чи пошук юридичних та моральних можливостей гуманітарної інтервенції та їх закріплення в міжнародному праві. Відсутність безперечних аксіологічних основ у міжнародних відносинах дозволяє ідентифікувати взаємодіючі в їх рамках суб'єкти, насамперед держави, а не міжнародне співтовариство в цілому. Іншими словами, теза про наявність тісних правових і аксіологічних зв'язків може бути сьогодні поширена тільки на регіональні відносини держав. Це виправдано говорити, наприклад, про спільноту європейських держав, основу якої складають нормативні досягнення Ради Європи і Європейського Союзу.

Виходячи з існуючої практики сучасних держав, заснованої на застосуванні правових стандартів, а також інтелектуально плюралістичного дискурсу навколо головної проблеми міжнародного права, важко однозначно і беззастережно вказати головну цінність міжнародного правопорядку. Якщо ми навіть погоджуємося, що в його центрі людина, проблема принаймні не зникає. Дійсно, виникає питання, які заходи повинні бути вчинені для захисту абсолютних категорій, якими є життя і людська гідність? Держави-члени не досягли з цього питання в тій мірі нормативного консенсусу, що різко ілюструє дилема з використання збройних сил з гуманітарних мотивів. У міжнародному праві не можуть з'явитися норми *jus cogens*, обов'язкові для держав, без загальної переконаності в універсальності понять, що лежать в основі цих стандартів. Така переконаність лежить в основі їх нормативної обґрунтованості. Відсутність єдиного аксіологічного ядра відповідає за неповороткість, навіть консерватизм

міжнародного права. Такий стан справ, однак, має і добру сторону. Тому що міжнародне право, норми якого формуються через механізм консенсусу, в набагато меншій мірі, ніж національне право, схильне до небезпеки розриву між нормативними заборонами і приписами і аксіологічним ядром спільноти, в якій воно застосовується. Міжнародне право, іншими словами, краще захищене від «законодавчих креативностей», які ми часто спостерігаємо в національному законодавстві і які у своїй крайній формі можуть здійснюватися у формі демократично легітимізованої «диктатури законодавця» [2, 191]. Таким чином, плюралізм правотворчого процесу у міжнародних відносинах сам по собі є внутрішньою цінністю міжнародного права, гідною захисту відповідно до його норм. Ця цінність, з погляду на необхідність збереження єдності міжнародного права, повинна бути особливо важливою через прагнення недопущення гегемонії в міжнародному праві, іншими словами, через прагнення збереження рівності держав. Ці факти демонструють складності у пошуку безсумнівних, стабільних аксіологічних основ міжнародного права.

В ієрархії і типології цінностей, в якій ми розрізняємо фундаментальні цінності, абсолютні, вищі та їх протилежності (базові цінності, що не є основними, відносні, інструментальні), мир виявляється особливо важливим поняттям. У сфері міжнародних відносин і регулюючому їх праві мир майже повністю виконує роль основної цінності, тобто цінності, необхідної для досягнення інших цінностей. Однак є сумніви, чи є це абсолютне поняття, тобто цінність сама по собі, чи тільки важливе його значення в призмі інших цінностей (відносна)? Можна також поставити питання, чи мир є цінністю найвищою (остаточною) в міжнародному правопорядку, тобто так званою цінністю, що формує фундаментальну еталонну систему для оцінювання суджень про стандарти і процеси в рамках міжнародного права. Якщо ми звернемося навіть до бачення міжнародного права І. Канта, яке він виклав у свій час у знаменитому трактаті «До вічного миру», ми знаходимо сильні аргументи на користь позитивної відповіді на поставлені питання. Сьогодні, однак, спостерігаються у міжнародній практиці і доктрині численні спроби відійти від цінності миру, занизити її і намагання знайти базову і еталонну цінність міжнародних відносин в інших цінностях. У цьому сенсі сучасне міжнародне право, безсумнівно, є об'єктом аксіологічним.

Коли ми говоримо про цінності певних явищ дійсності, в першу чергу маємо на увазі їх людське, соціальне і культурне значення. Існують різні критерії визначення цінності. Так, П. М. Рабинович пов'язує цінність чого-небудь з можливістю цього чогось задовольняти потреби, в кінцевому підсумку, людини. Суспільству в цілому, незалежно від рівня та форми його розвитку, властиві загальносоціальні потреби. Людське суспільство на будь-якому етапі свого розвитку — це не механічна сума індивідів, а система відносин між людьми, колективами, спільнотами, а напевне й державами як асоціаціями цих спільнот [5, 71]. Загальносоціальна цінність права вимірюється в першу чергу значенням для прогресу суспільства тих відносин, які закріплюються і захищаються правовою системою [5, 73–80]. Міжнародне право являє собою нову, якісно

вищу цінність саме з точки зору задоволення потреб, в першу чергу потреб у соціальному прогресі, зважаючи на глобалізаційні процеси у світі і зникнення державних кордонів. Адже найбільш легітимними будуть дії тієї держави, яка спирається на міжнародне право.

Останнім часом виникають сумніви в ефективності міжнародного права, в його здатності протистояти порушникам міжнародного правопорядку. Питання про цінності тих чи інших соціальних явищ актуалізуються саме в періоди їх дискредитації, порушення основоположних імперативів. Значне превалювання міжнародної політики над міжнародним правом, яке ми спостерігаємо особливо останнім часом, не може не відбитися на цінності міжнародного права у свідомості представників міжнародного співтовариства. Бомбардування Сербії силами НАТО навесні 1999 р., вторгнення до Іраку, визнання незалежності Косово, симетрична ситуація щодо Абхазії і Південної Осетії — ось неповний перелік подій, які дозволяють говорити про кризу міжнародного права та оцінки його цінності. Порушенню піддалися фундаментальні, універсальні, що мають у міжнародному праві найвищу юридичну силу, норми *jus cogens* — загальновизнані принципи міжнародного права: незастосування сили, невтручання у внутрішні справи, територіальна цілісність та ін. Однак ми не можемо заперечувати у зв'язку з цим цінності міжнародного права. Так, міжнародне право дійсно має координаційний характер, у міжнародному праві відсутній законодавець, що знаходиться над державами, відсутній спеціальний апарат примусу. Проте жодна галузь права не відрізняється абсолютним дотриманням її норм. Доказом цінності міжнародного права є той факт, що виконана величезна і дуже корисна робота з прогресивної кодифікації міжнародного права, що завершилася ухваленням комплексних міжнародних договорів з різних галузей міжнародного права — морського права, права зовнішніх зносин, права міжнародних договорів, у сфері регулювання прав людини та ін. Не можна знецінювати такі досягнення міжнародного права, як деколонізація, поява нових галузей і розширення просторових меж дії його норм. Без перебільшення можна сказати, що міжнародне право в силу своєї особливої значущості для підтримання міжнародного миру і порядку є однією з найвищих соціальних цінностей [6, 46]. Традиційні для міжнародного права ціннісні аспекти проявляються в значущості його як регулятора міждержавних відносин. Кінцевий підсумок такого регулювання — свобода всіх суб'єктів на основі принципу рівності.

### Література

1. Гаврилов В. В. Международное право в эпоху глобализации: некоторые понятийные и содержательные характеристики // Московский журнал международного права. 2002. № 3. — С. 179–196.
2. Kwiecien R. Teoria i filozofia prawa miedzynarodowego. Problemy wybrane / R. Kwiecien. — Warszawa, 2011 — 238 с.
3. Лукашук И. И. Международно-правовое регулирование международных отношений / И. И. Лукашук. М.: Междунар. отношения, 1975. — 173 с.
4. Мовчан А. П. Международный правопорядок / А. П. Мовчан. — М., 1996. — 103 с.
5. Рабинович П. М. Социалистическое право как целостность / П. М. Рабинович. — О.: Юрид.-пра, 2006. — 168 с.

6. Мережко А. А. История международно-правовых учений / А. А. Мережко. К. : Таксон, 2006. 492 с.

### Анотація

*Чайковский Ю. В.* Проблема аксіологічної основи сучасного міжнародного права. — Стаття.

У статті досліджуються ціннісні підстави міжнародного права як надзвичайно важлива складова формування сучасного правопорядку в глобальному суспільстві. Звертається увага в першу чергу на поняття міжнародно-правових цінностей, їх вплив на інтеграційні процеси в площині міжнародно-правовій і інституціональній, особливо у зв'язку з процесом формування європейського правового порядку. Міжнародне право розглядається з позиції природноправової концепції на відміну від позитивістської, для якої міжнародне право саме по собі є цінністю, незважаючи на його конкретний зміст.

*Ключові слова:* міжнародне право, цінність, міжнародний правопорядок, глобалізація, міжнародне співтовариство.

### Аннотация

*Чайковский Ю. В.* Проблема аксиологической основы современного международного права. — Статья.

В статье исследуются ценностные основания международного права как важнейшая составляющая формирования современного правопорядка в глобальном обществе. Обращается внимание в первую очередь на понятие международно-правовых ценностей, их влияние на интеграционные процессы в плоскости международно-правовой и институциональной, особенно в связи с процессом формирования европейского правового порядка. Международное право рассматривается с позиции естественноправовой концепции в противовес позитивистской, для которой международное право само по себе является ценностью, несмотря на его конкретное содержание.

*Ключевые слова:* международное право, ценность, международный правопорядок, глобализация, международное сообщество.

### Summary

*Chaykovskyy Yu. V.* Problem of axiological underpinnings of contemporary international law. — Article.

This article investigates the value foundations of international law as a major component of the formation of modern legal order in a global society. Attention is primarily on the concept of international legal values and their impact on integration processes in the plane of international law and institutions, particularly in connection with the formation of the European legal order. International law is considered from the perspective of natural law concept as opposed to legal positivism, for which international law is itself a value, in spite of its specific content.

*Keywords:* international law, value, international legal order, globalization, international community.

### СОЦІЕТАЛЬНІСТЬ ТА АУТОПОЙЕЗИС ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ: МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ

Рівень, на якому здійснюються дослідження проблематики правової сфери України, на сьогодні не здатний забезпечити необхідну конкретність теоретичних міркувань про право, адже сучасна юриспруденція вийшла на нові рівні осягнення права та держави. Проте тенденції правового розвитку свідчать про посилення у сучасному праві саме ціннісної складової, що дає підстави правникам визначати його як нормативно-ціннісну систему. Осягнення сучасним правознавством плюралістичної природи права, розмаїтості правового буття також акцентує значущість його ціннісного підґрунтя. Це, безперечно, актуалізує дослідження як аксіології права у цілому, так і його окремих складових.

Якраз у останньому аспекті значним теоретико-емпіричним потенціалом володіє вивчення ціннісної природи правового порядку — правового феномена, який займає «вищі шаблі» у системі правових категорій юриспруденції. При цьому очевидно, що розгортання досліджень цінності правового порядку мають базуватися на тих основоположних характеристиках правового порядку, які забезпечують, по-перше, його роль в контексті функціонування соціальної та, зокрема, правової системи, по-друге, його структурні параметри, що визначаються особливостями правового порядку як феномена, що має свої онтологічні та гносеологічні межі.

У цьому контексті при дослідженні ціннісного виміру правового порядку принципове значення мають розробки не лише тих науковців, які присвятили свої дослідження правовому порядку, — В. М. Артємова, В. В. Борисова, М. М. Вошленка, О. В. Воробйової, І. О. Ісаєва, С. В. Клевцова, І. А. Краснова, В. М. Казакова, А. Ф. Крижановського, В. В. Лазарева, К. В. Макарова, П. С. Назарова, М. І. Превезінцева, Б. В. Саванелі, О. П. Сауляка, А. В. Юдіна, Л. С. Явича та ін., але й теоретиків та філософів права, що зробили значний внесок у розвиток аксіологічної проблематики, таких як М. М. Алексєєв, С. С. Алексєєв, А. М. Бабенко, О. О. Бандура, В. А. Бачинін, В. В. Дудченко, С. І. Максимов, О. А. Музика, В. С. Нерсисянц, Ю. М. Оборотов, А. І. Овчинніков, І. В. Петирло, А. В. Поляков, П. М. Рабінович, І. Л. Честнов та ін. Значний інтерес у розрізі досліджуваної проблематики представляють також розробки класиків філософської та загальнотеоретичної юриспруденції: І. О. Ільїна, Б. А. Кістяковського, М. М. Коркунова, П. І. Новгородцева, Л. І. Петражицького, Є. М. Трубецького та ін.

Але незважаючи на розвиненість та розгалуженість загальнотеоретичної юриспруденції в контексті дослідження інституційних та концептуальних засад правового порядку, а також ціннісного виміру правових явищ, у жодному з досліджень наведених авторів окремо не досліджувалася проблематика аксіо-

логії правового порядку, а отже не ставилися питання про соціетальність та аутопойезис правового порядку.

Дійсно, визначення цінності права, а отже цінності окремих правових явищ, слід починати з якісних його характеристик. Таким шляхом свого часу йшов С. С. Алексеев, коли, розкриваючи цінність права, виводив її через основні риси права: нормативність, інституціональність, процесуальність, системність, владну забезпеченість [1, 223].

У цьому контексті важливо звернутися до проблеми виділення таких рис правового порядку, які не просто характеризують його як явище (тобто виступають властивостями), а визначають його змістовну наповненість, виражають логіку розвитку та специфіку дії. Однак проблема полягає у визначенні методологічних меж та принципів такого аналізу.

На нашу думку, саме в цьому контексті слід звернутися до параметричної теорії систем, методологічна програма якої дозволяє виявляти системні параметри, що є інваріативними як з точки зору структурного буття системи, так і з точки зору відношень, у які така система вступає.

У той же час необхідно підкреслити, що використання системного підходу до аналізу параметрів правового порядку вимагає чіткої визначеності у контексті співвідношення понять «система», «порядок» та «впорядкованість». Дійсно, незважаючи на удавану схожість та навіть синонімічність, неможливо сказати, що система завжди є деяким порядком, а впорядкованість завжди передбачає порядок. Саме тому правова система та правовий порядок є різними за своїми характеристиками явищами, що, хоча й перебувають в одній площині, але завжди існують як самостійні правові феномени.

Використання параметричної інтерпретації характеристик правового порядку як системи виводить на використання такого різновиду загальної теорії систем, як параметрична загальна теорія систем. У своїй основі параметрична загальна теорія систем має декілька принципів: 1) будь-який об'єкт можна розглядати як систему; 2) система є там, де між певними речами, що мають характерні ознаки, відбуваються певні відносини; 3) кожна система має свій «концепт» — головну ідею, що дозволяє системі функціонувати як єдине ціле; 4) система має параметри — конкретні характеристики, які відрізняють одні системи від інших, демонструють властивості того чи іншого системного відношення [2, 15–16].

З точки зору системного підходу існує два найбільш загальних визначення системи, які є комплементарними, тобто доповнюють один одного. Однак обидві інтерпретації системи перебувають в рамках трьох категорій: речей, властивостей та відношень, які існують в розрізі визначеного, невизначеного та довільного. Перша інтерпретація системи звучить таким чином: «Будь-який об'єкт є системою, якщо в цьому об'єкті реалізується деяке відношення, що має визначені властивості». Друга інтерпретація системи, що є комплементарною та додатковою по відношенню до першої, звучить так: «Будь-який об'єкт є системою, якщо в цьому об'єкті реалізуються деякі властивості, що знаходяться у наперед заданому відношенні». Подвійність можливості інтерпретації систем

визначається існуванням принципу додатковості, сформованого Нільсом Бором, і називається принципом додатковості подвійних системних описів. Цей принцип є наріжним каменем структурної онтології, що розвивається, зокрема, в рамках теорії систем.

З точки зору аналізу правового порядку слід звернути увагу на те, що друга інтерпретація системи є ближчою до розуміння порядку, аніж перша. Якщо у випадку першої інтерпретації системи ми формуємо визначення, спираючись на деяке довільне відношення, то у другому — на властивість. При цьому властивості є системними дескрипторами, визначальну роль серед яких відіграє концепт системи [3, 38]. Порядок є, таким чином, концептом системи, що задається її структурою. Впорядкованість — це завжди структурованість, тобто виокремленість елементів, аспектів, частин, властивостей системи в процесі її функціонування.

У цьому зв'язку показовим є той факт, що правовий порядок є такою системою, в якій розташування елементів задається структурою іншої системи більш високого рівня, у нашому випадку — правовою системою. Правова система ж є реляційним субстратом права як системного утворення. Детермінованість правового порядку правовою системою та нетотожність цих явищ є важливим принципом пізнання цінності правового порядку, оскільки вона виявляє себе якраз в контексті актуалізації реляційного субстрату правової системи.

Отже, правовий порядок є такою специфічною системою, яка завжди існує в рамках правової системи, але одночасно таким її елементом, який безпосереднім чином виходить на соціальну систему як комплексне інтегральне ціле, в якому одночасно існують та взаємодіють усі типи соціальних інститутів та механізмів. Соціальність, таким чином, є значущим системним параметром правового порядку.

Соціальність правового порядку полягає в його детермінації такими соціальними системами, як правова система, політична система, економічна система та моральна система. Незважаючи на те, що кожна із цих систем має принципову можливість побудови власного порядку (у цьому зв'язку зазвичай мова йде про економічний та політичний порядок), правовий порядок у значному сенсі є саме тим полем дискурсу, в якому взаємодіють усі інші соціальні системи.

О. П. Сауляк у цьому контексті зазначає, що проблема детермінації правового порядку є тим складнішою, що більше зв'язків дослідник виявляє в процесі осягнення його природи. Правовий порядок існує в об'ємному просторі соціальних систем, які відносяться до числа відкритих, складно організованих, здатних обмінюватися з навколишнім середовищем енергією та інформацією. При цьому принципові основи процесу функціонування таких систем не піддаються опису за допомогою жорстко заданих формул [4, 37].

Однак у такому випадку, що нам може дати звернення до поняття соціальної системи, якщо збільшення детермінант ускладнює розуміння правового порядку? Якщо встановлення системних зв'язків правового порядку веде до ентропії знання про нього, то осягнення правового порядку має відбуватися

у «чотирьох стінах» права — до такого висновку можна дійти, якщо спиратися на специфічне розуміння синергії правового порядку О. П. Сауляком.

На нашу думку, у контексті виявлення соціетальності правового порядку слід розглядати ті підходи, які представляють суспільство як соціальну систему, в якій на основі комунікативних зв'язків функціонують усі інші соціальні системи. Зокрема, саме таке бачення суспільства запропонував свого часу Н. Луман [5, 83]. Методологічно трактовка соціальної системи Н. Лумана полягає у розрізненні форми системи та середовища, в якому вона існує. Однак це не означає, що простого виявлення структури соціальної системи за допомогою логічного аналізу буде достатньо для того, щоб виявити функціональні зв'язки тих порядків, які в ній існують. Н. Луман пропонує спочатку виявити особливості соціальної системи, а потім, знаходячись уже на структурному рівні, продемонструвати специфіку кожної окремої соціальної системи.

Виходячи з цього методологічна програма аналізу соціальної системи, за Н. Луманом, складається з трьох етапів, які одночасно є рівнями аналізу суспільства:

- 1) загальна теорія систем, а в ній — загальна теорія аутопойезійних систем;
- 2) теорія соціальних систем;
- 3) теорія системи суспільства як особливого роду соціальних систем (де відбувається аналіз різних систем: правової, економічної та політичної).

Слід підкреслити, що для правового порядку, як компонента соціальної системи, дієвого елемента системи правової, характерні ті виміри аутопойезису, які Н. Луман пропонує розглядати на рівні соціальної системи в цілому. Основою для аутопойезису є комунікації.

З точки зору аналізу соціетальності правового порядку нас, перш за все, має цікавити третій рівень аналізу соціальних систем, на якому розкривається специфіка кожної окремої його системи. Н. Луман вважає, що в основу будь-якої соціальної системи покладений парадокс: одна соціальна система, існуючи поряд з іншими, одночасно включає їх у свої поле. При цьому критерій виділення окремих соціальних систем у соціолога простий: «Соціальна система є тоді, коли вона конструює сенс» [5, 50].

Отже, соціетальність правового порядку виявляє себе насамперед у тому, що він є сенсом правового впливу, тобто дієвим ядром правової системи як компонента соціальної системи. У цьому контексті специфічністю правового порядку буде те, що він, диференціюючи правове поле від його оточення, тобто не-правового поля, функціонує як комплексна соціальна структура, в якій переплітаються дії, сенси та інститути. З цієї точки зору складно поділяти песимізм О. П. Сауляка щодо неможливості розкриття соціетальності як системного параметра правового порядку, оскільки зростання детермінацій є не процесом ентропії, але процесом суспільної експлікації правового порядку в контексті множинності соціальних систем.

Утім, слід підкреслити, що множинність вимірів соціетальності правового порядку виводить на розкриття субпараметрів, що визначають особливість правового порядку саме в його соціетальному контексті. Власне, ключовим

субпараметром соціетальності є аутопойезис, який розглядається як процес та принцип самовідтворення та саморозгортання соціальної системи.

Теорія аутопойезису соціальних систем, розроблена знову ж таки Н. Луманом, пропонує розглядати п'ять ключових постулатів цього процесу. Спробуємо проаналізувати їх та здійснити аутопойезисний аналіз правового порядку.

1. Аутопойезисна система створює базові елементи, які, за своєю природою, створюють систему. На перший погляд — це парадоксальне судження (як система може відтворювати ті елементи, з яких вона вже складається?). Однак розкриття цього принципу полягає в аналізі соціальної системи як такої [6, 201–202]. Наприклад, при аналізі правового порядку як деякої системи, можна виходити з його нормативного, реляційного та комунікативного розуміння, тобто виводити в центр правового порядку правову норму, правові відношення чи правові комунікації. Важко сперечатися з тим, що, скажімо, правова норма є мірилом нормативності правового порядку — це очевидно. Однак важко сказати, що таке нормативність правового порядку сама по собі. Отже значення нормативності правового порядку можливе лише за існування критерію її досягнення, у даному випадку — норми. Складно уявити сучасний правовий порядок без правової норми, але сама правова норма без правового порядку перетворюється на абстрактне правило. Таким чином, нормативний, реляційний та комунікативний аспекти правового порядку потребують постійного самовідтворення відповідно норм, відносин та комунікацій.

2. Аутопойезисні системи є самоорганізованими у двох сенсах: вони організують власні кордони та власні внутрішні структури. Зовнішні кордони системи, як було окреслено вище, виражають через співвідношення системи та середовища. Наприклад, зовнішні кордони правового порядку проходять, насамперед, у трьох основних вимірах. По-перше, це межа приватного життя, де регулятивний вплив права має опосередкований характер, а правовий порядок як такий відсутній. При цьому особливість такого кордону правового порядку визначається, насамперед, межами свободи індивіда та соціальних груп. По-друге, це межа громадянського суспільства, яке, також будучи аутопойезисною системою, має власні кордони та внутрішні структури, однак вплив правового порядку на порядок, встановлений у громадянському суспільстві, є таким, що визначається як частка цілого. При цьому в громадянському суспільстві існують і інші порядки. Нарешті, по-третє, правовий порядок має кордони, встановлені просторовими межами дії права, яке є ціннісно-нормативною основою для цього правового порядку. Існування правового порядку поза межами дії права є неможливим, у зв'язку з чим межею правового порядку є межа правової системи. Тут варто підкреслити, що саме внутрішня структурованість правового порядку визначає, що входить в його систему, а що є середовищем, фоном його існування.

3. У межах власних кордонів аутопойезисна система організує власні структури. Ця ознака правового порядку як аутопойезисної системи є найбільш наочною, оскільки виходить з визнання того, що у праві обов'язково існують деякі структуруючі елементи. При цьому якщо таким елементом назвати

норму, то структура правового порядку постає у відповідності до структури системи права і тоді мова йде про цивільний правопорядок (саме правопорядок, тобто порядок у самому праві), адміністративний правопорядок, публічний правопорядок тощо. Якщо структуруючим елементом обрати правовідносини, то тоді слід говорити про структурну детермінованість правового порядку в договірному правопорядку, управлінському правопорядку, фінансовому правопорядку, економічному правопорядку тощо. Нарешті, якщо поставити в центр структури комунікації, то очевидно, що правовий порядок постає не як інституціональна система (як у перших двох випадках), але як просторова система організації практик. У цьому контексті мова може йти, перш за все, про різні типи дискурсів у структурі правового порядку: правотворчий дискурс правового порядку, правореалізаційний дискурс правового порядку, правозастосовний дискурс правового порядку тощо. До речі, саме поліструктурність правового порядку визначає множинність іпостасей його існування та визначає його специфіку саме як особливої соціальної системи. Мова йде про те, що унікальність тих структур, що перебувають в контексті правової системи, полягає в множинності структуруючих компонентів, що радикальним чином відрізняє її від інших соціальних систем. Наприклад, в економічній системі єдиним структуруючим елементом виступають гроші, а якщо в центр структури вивести, скажімо, товарообмін, то уся економіка виглядала би абсолютно інакше: не було б банків, ринок мав би інші інституційні та функціональні особливості тощо [7, 230].

4. Аутопойезисні системи мають спрямований характер. Найбільш яскраво спрямованість аутопойезисних систем можна продемонструвати на прикладі системи права, особливо в кельзенівській її інтерпретації: право складається з законів, які відсилають до інших законів, що вказують на те, яким чином вони мають прийматися, виконуватися, тлумачитися тощо. Однак у випадку з правовим порядком усе не так однозначно та вимагає детального пояснення. По-перше, структурні особливості правового порядку виражаються в самоорганізованості правових практик. Це означає, що правовий порядок задля свого існування та успішного функціонування звертається до тих практик, які існують в його внутрішній структурі: правозахисні та правоохоронні практики, судові та інші правовідновні практики і т.д. По-друге, правовий порядок у меншій мірі, аніж система права, спрямований сам до себе, тобто виступає набагато більш відкритою системою. Причина очевидна: коло суб'єктів дискурсу правового порядку є на порядок більш широким, ніж дискурсу системи права. Звертання до дій та інтеракцій суб'єктів правового порядку визначає вже не структуру, а функції тих чи інших інститутів правового порядку. Отже, суб'єкти правового порядку взаємодіють в єдиному дискурсі.

5. Аутопойезисна система — замкнена система. До цієї ознаки аутопойезисних систем треба ставитися з обережністю, оскільки замкненість — відносний параметр. Крім того, в концепції Н. Лумана замкненість виступає здебільшого характеристикою внутрішньої організації, а не зовнішніх актів системи [8, 58–60]. Замкненість тут означає, що правовий порядок є такою системою, яка,

подібно до моделі політичної системи Д. Алмонда, має входні атрибути, процеси та вихідний результат. При цьому сам механізм правового порядку може бути імпліцитним, тобто не мати явного буття, але його дія помітна завжди.

**Висновки.** Таким чином, очевидно, що правовий порядок, будучи дієвим компонентом правової системи, є аутопойезисною системою. Показово, що саме така характеристика правового порядку не зустрічається у сучасній науковій літературі, незважаючи на досить широкий спектр тих вихідних логічних підстав та дослідницьких передумов, які можуть вивести на саме такий аналіз правового порядку.

Характеристика правового порядку як аутопойезисної системи дозволяє більш послідовно реалізувати синергетичні та аксіологічні сюжети у сучасній правовій теорії, розкрити нові концептуальні грані та практичні виміри правового порядку та продемонструвати роль правового порядку в контексті правової системи та дії права.

### Література

1. Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1971. — 223 с.
2. Пофнас А. Ю. Системний підхід до аналізу гносеологічних проблем : автореф. дис. ... д-ра філос. наук : 09.09.09 / А. Ю. Пофнас. — О., 1999. — 42 с.
3. Уёмов А. Общая теория систем для гуманитариев : учеб. пособие / Авенир Уёмов, Ирина Сараева, Арнольд Пофнас ; под общ. ред. А. И. Уёмова. — Варшава : Wydawnictwo Universitas Rediviva, 2001. — 276 с.
4. Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / О. П. Сауляк. — М., 2011. — 376 с.
5. Луман Н. Общество как социальная система : пер. с нем. / Н. Луман. — М. : Logos, 2004. — 232 с.
6. Луман Н. Тавтология и парадокс в самоописаниях современного общества // Социология социологии, антропология, метафизика. — М. : Прогресс, 1991. — Вып. 1 : Общество и сферы смысла. — С. 194–218.
7. Ритцер Дж. Современные социологические теории / Дж. Ритцер. — 5-е изд. — М. : Питер, 2002. — 688 с.
8. Антоновский А. Ю. О смысле самоописания в работе Н. Лумана «Общество общества» // Эпистемология и философия науки. — 2005. — № 2. — С. 58–60.

### Анотація

**Арабаджи Н. Б.** Соціетальність та аутопойезис правового порядку: методологічні аспекти. — Стаття.

У статті з позицій системного підходу та теорії аутопойезису соціальних систем Н. Лумана проаналізовано таку характеристику правового порядку, як соціетальність. Визначено, що, будучи елементом правової системи, правовий порядок є полем дискурсу усіх інших соціальних систем. Продемонстровано особливості правового порядку як аутопойезисної системи.

**Ключові слова:** соціальна система, правова система, правовий порядок, соціетальність правового порядку, аутопойезис правового порядку.

### Аннотация

**Арабаджи Н. Б.** Социетальность и аутопойезис правового порядка: методологические аспекты. — Статья.

В статье с позиций системного подхода и теории аутопойезиса социальных систем Н. Лумана проанализирована такая характеристика правового порядка, как социетальность. Определено,

что, будучи компонентом правовой системы, правовой порядок выступает полем дискурса всех иных социальных систем. Продемонстрированы особенности правового порядка как аутопойезис-пой системы.

*Ключевые слова:* социальная система, правовая система, правовой порядок, социальности, правового порядка, аутопойезис правового порядка.

### Summary

**Arabadjy N. B. Societality and Autopoiesis of Legal Order: Methodological Aspects.** Article.

The article deals with system analysis of legal order societality within the N. Luman autopoiesis of social systems theory. It is grounded that legal order as a component of legal system is a field of a discourse of all other social systems. The specifics of legal order as a autopoiesis system are demonstrated.

*Keywords:* social system, legal system, legal order, societality of legal order, autopoiesis of legal order.



Розділ 3

**ІСТОРИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ  
ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА**

I

I

## ПРИНЦИПИ ПРАВА В ЮРИСПРУДЕНЦІЇ СТАРОДАВНЬОГО РИМУ

Актуальність обраної теми обумовлена існуванням багатьох невирішених досі проблем принципів права. Історичне дослідження змістовної наповненості та застосування принципів права у Стародавньому Римі допоможе зрозуміти цю категорію більш глибоко, проаналізувати «витоки» та перехід цих принципів до систем права романо-германської правової сім'ї; також допоможе у розумінні практичного застосування давніми римлянами тих інструментів, що зараз звуться принципами права, їх ролі у підпорядкуванні суспільних процесів.

Дослідженням питання принципів права Стародавнього Риму займалися до-революційні вчені: В. М. Хвостов, С. А. Муромцев, Й. О. Покровський. У радянські часи — З. М. Черніловський, І. Б. Новицький, І. С. Перетерський, Д. В. Дождьов. Взагалі згадки про принципи права як про джерело права були не в кожному радянському підручнику з римського приватного права [1–5]. Це стосується і сучасної навчальної літератури. Цих питань у своїх розробках торкаються І. Г. Бабиць, М. М. Борисевич, С. Д. Гринько, Л. В. Кружалова, В. В. Піляєва, В. С. Нерсисянц, Є. О. Харитонов. Проте дослідження ролі та значення принципів права у механізмі правового регулювання у системі римського права все ж, на нашу думку, не є всеохоплюючим. Саме ця незавершеність у дослідженні римських принципів права й породжує сучасне різноманіття поглядів у встановленні природи та видів сучасних принципів права не лише України, а й багатьох країн континентальної правової сім'ї.

Метою цієї статті є дослідження особливостей практичного застосування та значення принципів права у Стародавньому Римі. Для досягнення цієї мети нами сформульовані такі завдання: 1) окреслити коло конкретних принципів права, які застосовувались у Стародавньому Римі; 2) встановити зміст цих принципів; 3) дослідити механізм їх застосування — якими суб'єктами та яким чином застосовувались; 4) осмислити роль принципів права в юриспруденції та суспільному житті Стародавнього Риму; 5) сформулювати визначення принципу права в його первинному значенні (за часів Риму).

Як відомо, поняття принципу права було рецеповано з римського права, де воно відігравало вагомий роль в юридичному житті Риму. Судячи з усього, римляни сповнили юридичним змістом слово «принцип», надали йому великого значення та застосовували із властивим їм хистом прагматичності. Оскільки часи Стародавнього Риму знаходяться від нас далеко в минулому, реконструювати особливості певного юридичного інституту можна лише на підставі аналізу й синтезу праць попередніх дослідників. У спеціальній літературі зазначено, що для римських юристів було характерним усвідомлення того, що право є певною цілісністю, пронизаною загальними принципами (можливо, звідси й вираз — «принцип є найважливіша частина всього» (*principium est portissima*

pars cuiusque rei) [6, 2]). Розуміти це слід так, що принципи були частиною системи права.

Треба враховувати, що уявлення римського суспільства про морально-етичні категорії були сформовані під впливом давньогрецької філософії (предфілософії Елади, епічних творів Гомера, етики Сократа, вчень Епікура, Діогена Синопського, Платона, Арістотеля, їх наступників — представників скептицизму, епікурейства та стоїцизму) [7, 44–50]. Цей вплив, як зазначає Й. О. Покровський, привів до сильного підйому римської юриспруденції [8, 137]. Справа в тому, що грецькі мислителі започаткували таку знаменну своєрідність західної ментальності, як спрямованість людської свідомості на ідеї, або на ціле й доконечне усіх речей [9, 26]. Синтез цих ідей, проєктований на площину права, призвів до створення римської філософії права (стоїки: Луцій Анней Сенека Молодший, Марк Аврелій Антонін, Тацит, Плутарх, Светоній, Епікрат; епікурейці: Лукрецій Кар; Марк Тулій Цицерон). Філософія ділилася своїми ідеями з правом. Уявлення людства про світ розширювалися в ті часи саме завдяки філософії, яка намагалася пояснити певні речі. Грецькі філософи особливо переймалися питаннями розвитку людини, особистості, щастя, блага. Ідеї, популярні у грецькій філософії, перетворилися у римських юристів на принципи права [10, 26]. Цікавим є зауваження Є. О. Харитонова, що погляди стоїків у більшій мірі слугували фундаментом публічного права, а у колі інтересів епікурейців, навпаки, були окремі, приватні права (інтереси окремої особи). На його думку, вплив епікурейських поглядів на становлення основоположних принципів приватного права повинен був бути більш суттєвим [11, 32].

Таким чином, в основу класичного римського права було покладено вчення про приватне право та принципи справедливості та гуманізму (саме ці ідеї були актуальні у грецькій філософії). Можна пояснити актуальність саме цих ідей для римського суспільства, мабуть, тим, що вони могли слугувати засобом збалансування антагоністичних інтересів — приватних та публічних, квіритів та рабів, громадян та переґринів, плебсу та патриціїв. Успіх ідей природного права підсилювався тим, що їм підкорювали своє життя не лише юристи, а й члени римського суспільства, в якому до ідеальних сфер життя ставлення було не менш серйозне, ніж до матеріальних. На нашу думку, це можна пояснити особливостями римської релігії, існуванням певної цільної спільноти людей, сталим цінностям, до яких особі з дитинства прищеплювали повагу та слідували за їх дотриманням родиною та всією спільнотою (докладно про натуру римлянина та суспільний уклад, наприклад, у праці Є. О. Харитонова [11, 17–20]).

М. М. Борисевич зазначає, що під час посткласичного періоду розвитку римського права (взагалі питання періодизації римського права викликає у романістів розбіжності [7, 15–21]) «спостерігалася дуже глибока розробка правових принципів» [12, 9] (очевидно, автор ототожнює поняття «принцип права» та «правовий принцип»). Детальну увагу праву римських юристів та принципам римського приватного права приділив дореволюційний вчений — професор В. М. Хвостов, вказавши на такі давньоримські «особливі системи права, особливі сили, які створюють право», як *aequitas*, *humanitas*, *natura rerum* та

*jus naturale*. Науковець займався їх дослідженням досить глибоко; тема його першої, магістерської, роботи «Досвід характеристики понять *aequitas* та *aequum jus* в римській класичній юриспруденції» [13, 6]. В романістичній літературі принципами права Риму автори традиційно називають *aequitas* та *jus naturale*. Однак, на нашу думку, доцільно розглядати чотири, за проф. В. М. Хвостовим, принципи права Стародавнього Риму.

Поняття *jus naturale* виникло у римських юристів під впливом стоїчної філософії. Класичним було уявлення, відповідно до якого весь світ проникнутий природним розумом (*ratio naturalis*), і цей розум встановлює порядок у житті, який є вічним, безумовним та розумним. Такий порядок природний розум встановлює й для юридичних відносин. Завдання юриста полягає в тому, щоби відкрити ці норми, продиктовані природним розумом, а відтак загальні для усіх часів та народів, та перенести їх до діючого права [13, 18–20]. На понятті *jus naturale* детально зупинявся С. А. Муромцев, який зробив висновок про крайню ідеалізацію природного права та про те, що природне право було не самобутньою силою, а формулою, яка об'єднала практику [14, 490, 502]. Тобто С. А. Муромцев вказував на штучність природного права, оскільки його ідеї, так чи інакше, формуються людською думкою та покладаються в основу принципів права. Водночас, як зазначається, римляни визнавали реальність природного права, яке було для них специфічною частиною діючого права; і це разом з відсутністю в римському праві спеціального поняття позитивного права [15, 94].

Другий принцип — *natura rerum* (взагалі мало згадуваний у літературі), означав, що законодавець повинен був рахуватися з тим, як юридичні відносини складаються у житті та які норми підказує йому саме життя (приклад: якщо б законодавець постановив, що позичальник повинен повертати ті самі речі, які він отримав у позику, то це б не відповідало самій природі договору позики, оскільки той припускає споживання відданих у позику речей) [13, 18–20]. В. М. Хвостов описує *natura rerum* як вимогу розумності, звернену лише до законодавця, розумності правотворення — його логічності та доцільності.

Особливою «силою» у римському праві був наділений принцип справедливості («*aequitas*»). Поняття справедливості торкалися римські філософи. Так, Сенека вважав рівність відправним моментом справедливості; так само вважав і Цицерон — «кожному своє» [11, 28, 38]. В. М. Хвостов відзначав, що «*aequitas* — це принцип, яким мали керуватися законодавець та юристи — практики, і який визначав рівність громадян перед законом (виділено мною. — Н. С.): вирішуючи питання про те, які норми мають бути створені, які потреби та інтереси громадян повинні бути прийняті правом під свій захист, законодавець повинен був дотримуватися такого масштабу, який був би однаково застосований до всіх осіб у суспільстві та стояв би над ними. Масштабом щодо оцінки цих потреб та інтересів кожної особи є загальне благо усього народу. Тому законодавець має утримуватися від того, щоб надати перевагу інтересам окремої особи чи класу. Якись переваги можуть бути надані лише в тому випадку, якщо це необхідно для процвітання всього суспільства. Юристи по-

винні були у своїх працях не спотворювати думок, що впроваджувалися законодавцем ради «загального блага». Фрази про «загальне благо», «потреби та інтереси всіх осіб у суспільстві» наводять на думку, що принцип справедливості у римському праві мав публічно — правовий вимір. У іншого, сучасного нам, автора також знаходимо: «Як філософська категорія справедливості відображає не тільки співвідносини людей між собою, але й по відношенню до чогось цілого. Справедливість — системна якість, яка сприяє загальному благу» [10, 61]. З іншого боку, ці слова можна тлумачити так, що *aequitas* означало те, що до кожного члена римського суспільства повинно було бути забезпечене однакове (рівне) ставлення права, оскільки це сприяє найвищому благу — суспільному інтересу. З огляду на дійсну зацікавленість римлян у збереженні міцної держави, така позиція є більш вірогідною. Проте це не скасовує того, що принцип справедливості у Римі стояв на захисті публічного інтересу. Таким чином, одна з характеристик змісту принципу справедливості Давнього Риму — це встановлення та охорона ним загального (суспільного) інтересу. Але це не означає врахування абстрактного інтересу суспільства та держави (що у наші часи межує зі свавіллям, коли мова йде про «моральні засади суспільства» або «суспільні інтереси», які взагалі важко сприймати однозначно). Це означало забезпечення суб'єктивного права та інтересу кожної особи, що таке реальне забезпечення лише зміцнювало, стабілізувало суспільство та державу, без чого неможливе безпечне існування окремої особи. Навіть у відносинах між індивідом і державою підставою та критерієм справедливості є право (правова справедливість і справедливе право), а не держава. Отже, держава повинна ставитися до індивіда не за власними (позаправовими) правилами, а як правослухняний суб'єкт відповідно до загальних для всіх вимог права [16, 332]. Тому справедливість мала на увазі ще й суворе дотримання закону в оцінці поведінки «рівних суб'єктів у рівних умовах», тобто до цих суб'єктів мали застосовуватись одні й ті самі норми. Таким чином, правозастосування мало бути однаковим. Можна говорити, що виконання останньої умови гарантувало стабільність суспільних відносин (що важливо — економічних). Проте і вимога дотримання саме закону (в позитивному значенні) не знецінювала принцип справедливості, оскільки останній і був тим інструментом, що міг бути застосований замість норми закону, яка суперечила вимогам справедливості.

Вираз «*aequitas* був висловленням природно — правової справедливості...» [10, 61] потребує критичного зауваження. На наш погляд, *aequitas* була висловленням не природно — правової справедливості (оскільки цю справедливість людина не може достовірно «зчитати», часто інтерпретує її за власними, не завжди гуманними, уявленнями), а висловленням римської концепції природно-правової справедливості. У римлян справедливість базувалася на ідеях природного права. Природне право стало матрицею для вищих юридичних імперативів — принципів права. Вони могли бути й іншими (в силу тих чи інших, наприклад, історичних подій), проте ідеологічним підґрунтям мали ідеї природного права. Сьогодні уявлення про природні права людини дещо змінилися (наприклад, відносно правового становища жінок, рабства тощо). Тому спра-

ведливість у Римі можна виразити словами «рівність рівних у рівних умовах», а рівними були особи в межах певного прошарку суспільства, а не всі його члени. Тобто спершу були філософські положення природного права, а потім римськими юристами розроблялися найбільш прийнятні для суспільства юридичні інструменти — принципи права. Тому, з одного боку, вони є юридичною фікцією. Проте слід погодитись з тим, що вони безумовно були співзвучні з настроями суспільства, що й забезпечило їм таку реальність у правозастосуванні та правотворчості (обумовленість суспільним розвитком). Другим фактором їх ефективності стала позиція влади щодо можливості їх застосування (через фактичне визнання можливості їх застосування). Отже, принципи права у Римі були юридичною фікцією, створеною на потребу часу зусиллями юристів і преторів.

Принцип *humanitas*, навпаки, був орієнтований на інтерес окремого члена суспільства. Він потребував від римського законодавця повагу до людської гідності. Тому норми, на думку В. М. Хвостова, які узаконювали рабство, в очах класичних юристів не були гуманними. Проте інша справа, чи відповідали вони принципу *aequitas*. Тому юристи вважали подібні норми необхідним злом: не вважаючи рабство гуманним установленням, вони не вимагають його скасування, оскільки не можуть уявити собі іншого суспільного ладу, крім заснованого на рабстві, та побоюються, що знищення рабства призвело б до безладу в державному житті. Цей приклад є свідченням того, що *aequitas* та *humanitas* можуть розходитись у своїх вимогах до законодавця.

Принципи права у Давньому Римі, на думку І. Г. Бабич, стали «особливим механізмом трансформації римського права» [17, 142], яким римські юристи «озброїли» преторів [15, 93–94; 18, 14]. Інститут преторів з'явився у середині IV ст. до н.е. (претори виступали в якості помічників консулів). Поступово до преторів перейшло управління містом та керівництво судочинством. Це дозволяло в силу імперіума, що належав преторам, видавати загальнообов'язкові постанови і таким чином створювати нові норми права. Саме на підставі едиктів преторів з'являються преторське право та право народів, поряд з існуючим цивільним правом [19, 220–221, 239]. На думку В. П. Глиняного, особлива роль у розвитку римського права належала преторам peregrinorum. Саме вони володіли великою свободою у своїх едиктах посилалися на принципи права (так було створено право народів). Поступово легісакційний цивільний процес був замінений формулярним (претори з пасивних спостерігачів перетворилися на суддів, оскільки надавали обов'язкові указівки суддям (формули). Головною особливістю формулярного процесу було те, що претора не цікавило, чи були виконані формальності. Він керувався принципами права для встановлення справедливості. Характерний приклад з формули претора: «Якщо трапиться, що Н. Н. заборгував А. А. 10 тисяч сестерцій, то ти, суддя, присуди Н.Н. уплатити цю суму, якщо ні, то виправдай». Отже, питання перевірки того, чи були виконані формальності під час укладення договору, претор не розглядає. Повернення ж грошей вимагає справедливості [19, 239–240, 256–259]. Є. О. Харитонов зауважує, що претор не порушує закон. Навпаки, він корегує цивільне право

відповідно до законів природи (тобто природного права) [11, 34]. Так, за допомогою принципів права, був забезпечений перехід від «суворого права» до нових форм захисту суб'єктивних прав, ефективної динамічності у регулюванні суспільних відносин.

**Висновки.** Принципи права Стародавнього Риму — чотири «особливі сили» (*aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale*), які первинно почали застосовуватися преторами з метою формування об'єктивного права та пом'якшення суперечливості суспільних інтересів і стали у подальшому орієнтирами у правотворчості (так виражене дуалістичне функціональне призначення принципів права та обов'язковість їх реального застосування разом з «організаційними елементами» — посадою претора). Принципи права Риму утворювали разом систему, яка ґрунтувалася на ідеях природного права (тобто мали ідеологічне підґрунтя). Кожен принцип права являв собою абстрактну ідею — положення (існував у вигляді концепції, а не короткого правила) (абстрактно-концептуальна форма), відповідно до якої претор приймав рішення. Тому, на нашу думку, принципи права спочатку були інструментом правозастосування. А пізніше, втілені в актах правозастосування, стали орієнтиром для законодавця. Проте залишалися принципами права в істинному значенні цієї категорії до тих пір, поки реально застосовувалися у судовій практиці.

Таким чином, принцип права у його первинному значенні — це юридична фікція (правового або неправового характеру), яка має ідеологічне підґрунтя, абстрактно-концептуальну форму та реально застосовується певними уповноваженими особами з метою формування об'єктивного права і впливу на суспільні відносини та/або застосовується у правотворчості в ролі керівних орієнтирів.

### Література

1. Римское частное право : учебник / под ред. И. В. Новицкого и И. С. Перетерского. М. : Юриспруденция, 1999. — 512 с.
2. Пухан И. Римское право : (базовый учеб.) / Иво Пухан, Мирьяна Полспак-Акимовская ; пер. с македон. В. А. Томсинова и Ю. В. Филиппова ; под ред. В. А. Томеннова. — М. : ЗЕРЦАЛО, 1999. — 448 с.
3. Яковлев В. Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право : учебник / В. Н. Яковлев ; предисл.: С. Д. Бунтов, Н. В. Кузнецова, А. А. Подопригора. М. : Волтерс Клувер, 2010. — 960 с.
4. Скрипильев Е. А. Основы римского права. Конспект лекций / Е. А. Скрипильев. — 2-е изд. — М. : ОСБ-89, 2000. — 208 с.
5. Слипченко С. А. Основы римского частного права : учеб. пособие / С. А. Слипченко, О. И. Смотров, В. А. Кройтор, Р. Б. Шишка ; под ред. С. А. Слипченко, О. И. Смотров. Х. : Эспада, 2007. — 192 с.
6. Головин А. Понятие принципа права: некоторые вопросы // Арбитражный и гражданский процесс. — 2009. — № 4.
7. Харитонов Е. О. Рецепция римского частного права. (Теоретичні та історико-правові аспекти) / Е. О. Харитонов. О., 1997. — 281 с.
8. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский ; вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А. Д. Рудокваса. — СПб. : Изд.-торговый дом «Летний Сад», 1998. — 560 с.
9. Дудченко В. В. До дослідження загальних принципів римського та мусульманського права // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. О. : Юрид. л-ра, 2007. Вип. 31.
10. Бабич І. Г. Принцип справедливості — основний принцип римського приватного права //

- Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. Ужгород : Поліграф-центр «ЛІРА», 2008. Вип. 9.
11. Харитонов Е. О. Основы римского частного права / Е. О. Харитонов. — Х. : Одиссей, 1998.
  12. Борисевич М. М. Римское частное право : учеб. пособие / М. М. Борисевич. — М. : Юрспруденция, 2001.
  13. Хвостов В. М. Система римского права : учебник / В. М. Хвостов. — М. : Спарк, 1996. — 522 с.
  14. Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву / С. А. Муромцев. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2004. — 765 с.
  15. История политических и правовых учений : учеб. для вузов. — Изд. 2-е, стереотип. / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Изд. группа НОРМА — ИНФРА — М, 1999. — 736 с.
  16. Нерсесянц В. С. Философия права : учеб. для вузов по юрид. спец. / В. С. Нерсесянц ; Ин-т государства и права РАН, Акад. правовой уч.-т. — М. : Норма, 2000.
  17. Бабич І. Г. Принципи природного права у еволюції римського приватного права // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2007. — Вип. 31.
  18. Скурко Е. В. Принципы права : монография / Е. В. Скурко. — М. : Ось-89, 2008. — 192 с.
  19. Глиняный В. П. История государства и права зарубежных стран. Ч. 1 / В. П. Глиняный. — Х. : Одиссей, 2003. — 832 с.

### Анотація

**Сагалаєва Н. О.** Принципы права в юриспруденции Стародавнього Риму. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню особливостей практичного застосування та значення принципів права у Стародавньому Римі. Автор окреслила коло цих принципів, встановила їх зміст, дослідила механізм застосування та роль у суспільному житті Риму. Також у статті сформульовано визначення принципів права в їх первісному значенні.

**Ключові слова:** принципи права, *aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale, jus praetorium*.

### Аннотация

**Сагалаева Н. А.** Принципы права в юриспруденции Древнего Рима. — Статья.

Статья посвящена исследованию особенностей практического применения и значения принципов права в Древнем Риме. Автор очертила круг этих принципов, установила их содержание, изучила механизм применения и роль в общественной жизни Рима. Также в статье сформулировано определение принципов права в их первоначальном значении.

**Ключевые слова:** принципы права, *aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale, jus praetorium*.

### Summary

**Saglayeva N. O.** The principles of law in the jurisprudence of Ancient Rome. — Article.

The article is devoted to the investigation of the features of the practical application and value of the principles of law in Ancient Rome. The author outlined the circle of these principles, set their maintenance, studied the mechanism of application and role in public life of Rome. Also in the article determination of principles of law is set forth in their primary value.

**Keywords:** principle of law, *aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale, jus praetorium*.

### ВОЗНИКНОВЕНИЕ ПАРЛАМЕНТА КАК ВАЖНЫЙ ЭТАП В СТАНОВЛЕНИИ АНГЛИЙСКОГО ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

Обращение к изучению исторического процесса становления и развития английского парламентаризма является проблемой весьма актуальной в контексте исследования политико-правовых феноменов современного отечественного государства.

Так или иначе, отдельные вопросы, связанные с рассмотрением проблем становления и развития парламентаризма в Англии в отдельные исторические периоды, освещались в работах таких авторов, как М. П. Айзенштадт, К. И. Батыр, Е. В. Гутнова, А. И. Минаев, О. А. Омельченко, Н. Н. Страхов и др.

В период сословной монархии в Англии сложилось учреждение, которое стало неотъемлемой и со временем все более значительной частью государственной организации страны — представительный парламент. Своим возникновением он был обязан как установившимся к XIII–XIV вв. политическим формам взаимоотношений сословий Англии с королевской властью, так и особенностям ситуации в условиях кризиса власти второй половины XIII в. Немалое значение в этом длительном процессе сыграли и традиции привлечения короной высшей знати к решению государственных дел, восходящие к ленной монархии.

Историческим началом сословного представительства были собрания вассалов короля, которые с середины XII в. стали обязательной частью государственной жизни. Во второй половине XII в. в собраниях участвовали уже не только высшие, но и средние вассалы («старшие и меньшие бароны»).

Во второй четверти XIII в. совет магнатов (духовных и светских баронов) стал обязательным спутником королевской власти. В 1236–1258 гг. совет созывался по два-три раза в год для совещаний по политическим вопросам; нередко были требования магнатов ставить и снимать королевских должностных лиц. В условиях кризиса и начавшейся гражданской войны в Англии (1263–1267) влияние совета магнатов усилилось. По Вестминстерским провизиям 1258 г. собрание установило даже своеобразную сословную опеку над королевским управлением, создав исполнительный совет 15-ти [2, 332–333].

Стремление знати поставить только под свой контроль королевскую власть вызвало оппозицию среди более широких кругов рыцарства и горожан. Политическим и военным лидером оппозиции выступил выходец из французской знати граф Симон де Монфор. Он стал инициатором организации более широкого представительства для формирования новой политической структуры. После захвата оппозицией значительной территории и поддержки ее Лондоном в июне 1264 г. де Монфором был созван парламент в г. Лондоне, куда, помимо прелатов и знати, были приглашены по 4 представителя от графств. Это представительство приняло особый акт — «Форму управления»,

составленную де Монфором, где по-новому решались вопросы власти короля и представительства. (Эпизодически рыцарей на государственные собрания призывали и ранее, на протяжении первой половины XIII в.) В новый созданный де Монфором парламент — в январе 1265 г. — были приглашены не только рыцари от графств, но и представители поддержавших оппозицию городов. Это стало рождением нового учреждения, где были представлены основные сословия Англии.

Складывание парламента происходило постепенно, в течение 35–40 лет, следовавших после гражданской войны. Только в конце 90-х гг. XIII в. он оформился как самостоятельное постоянно действующее учреждение. Тогда же за ним закрепилось и название «парламент» (*parliamentum*). До этого времени в документах и хрониках XIII в. «парламентами» назывались собрания различного типа: заседания узкого королевского совета, совета магнатов и лишь наряду с ними сословно-представительные собрания. [1, 333]. В правление короля Эдуарда I (1272–1307) сложились и основные принципы организации представительства.

Некоторое время деятельность общенационального (конечно, в рамках реалий сословной монархии) представительства не разделялась от традиционного для короны собрания знати. Из 55 собраний при Эдуарде I парламентских представительств 21 было с участием общин, 21 — чистыми собраниями знати, остальные — или заседаниями королевского совета, или случайными по составу, в основном судебными заседаниями. В обстоятельствах очередного кризиса корона, созывая парламент 1295 г., была вынуждена признать государственную обязательность для себя общинного представительства: «Касающееся всех всеми должно быть и одобрено». Спустя год по требованию нового парламента король подтвердил новую редакцию Великой хартии. Так было положено начало влиянию представительства на законодательство.

Парламент 1295 г. считается образцом парламента (*a model parliament*) по полноте, с какой в нем были представлены элементы английского общества той поры [3, 181].

На протяжении нескольких десятилетий парламент продолжал играть еще двоякую роль: и сословного совещательного органа, и высшего суда. Это было связано и с тем, что парламент состоял и из высшей знати, пэров, и из представителей общин. Разделение произошло в 1341–1343 гг.: с этого времени бароны и представители графств и городов стали заседать отдельно и по-разному участвовать в общей парламентской деятельности. Это стало началом разделения на палату лордов и палату общин.

Разделение на две палаты повлекло дополнительную самоорганизацию парламента. Ранее совместным представительством руководил канцлер, который выступал от имени парламента перед королем, делал заявления и т.п. Теперь канцлер стал руководителем только палаты лордов. С 1376–1377 гг. в палате общин появляется своя должность руководителя — «говорильщика» от ее имени перед короной (*speeker* — спикер), его определяла сама палата. В продолжение XIV в. парламент стал уже неотъемлемой частью системы власти. Жес-

тких правовых принципов организации сословного представительства до XVII в. не существовало, и они только вырабатывались. Созыв парламента и его организация были в большей степени делом усмотрения короля и политических традиций. Эти традиции были взаимосвязаны с политической ролью сложившихся в Англии сословий [5, 227].

Для того чтобы парламент считался полным, т.е. представлявшим интересы всей нации, в его работе должны были принять участие: (1) великие бароны и высшие официалы короля, (2) высшее духовенство, (3) выборные представители от графств, городов и от низшего духовенства, наделенные соответствующими полномочиями говорить от имени своих избирателей. Первые две условные курии объединялись тем, что баронов и прелатов лично и поименно приглашал король, и это было едва ли не важнейшей их политической привилегией. Они составляли Большой королевский совет, бывший до XIII в. предшественником парламента, а с организацией парламента — верхнюю его часть, палату лордов.

Количество лично приглашенных, т.е. лордов, в продолжение XIII–XIV вв. значительно колебалось: от 54 до 206 человек. Нередко в их состав включались и рыцари, считавшиеся личными вассалами короны. Титулованная знать (эрлы, герцоги, графы) присутствовала постоянно и практически в полном составе. Великие бароны — в самом разном числе: от 14 до 100, и только 1/3 из них присутствовали более или менее регулярно; остальные призывались по 1–2 раза.

Правом заседать в верхней палате обладали пэры королевства (титулованная знать, владевшая поместьями соответствующего статуса). До XVI в. наследственность этого звания окончательно не была установлена и в большей степени зависела от факта королевского приглашения. К светским членам палаты лордов причислялись также гроссмейстеры духовно-рыцарских орденов (до их упразднения в эпоху Реформации) и, что более важно, судьи и члены Королевского совета (канцлер, юстициарий и др.). Духовенство в составе верхней палаты было представлено, во-первых, безусловно, всеми архиепископами и епископами Англии, традиционными членами королевских советов (их было 20), во-вторых, аббатами и приорами монастырей (в XIV в. их приглашают до 80, затем «нормальное количество не превышает 27»). В-третьих, низшее духовенство избирало по епископиям (церковным округам) своих представителей, прокторов. Они заседали то в общем составе парламента, то в составе одной из палат, пока, наконец, в XVI в. о них не «позабыли» вовсе. А вопрос о новом приглашении вызвал общую оппозицию общин [7, 164].

Другой важнейшей частью состава парламента были представители свободных землевладельцев — рыцари, выбираемые от графств. Число их было неизменным — 74 (по двое от 37 имевшихся графств). Первоначально активное избирательное право (право выбирать) было предоставлено, по традиции, всем держателям свободных земель, не обращая внимания на их дворянство или недворянство. В XIII в. пассивное избирательное право (право быть избранным) было более жестко ограничено: требовалось рыцарское звание и обладание «над-

лежащими нравственными достоинствами». На деле, однако, в первые парламенты как представители от графств попадали просто свободные землевладельцы (сквайры) и даже крестьяне-йомены. Из регулирования порядка присылки рыцарских депутатов в парламент и стало формироваться собственно законодательное избирательное право.

Первые ограничения были связаны с пресечением деятельности на низовых избирательных собраниях в графствах т.н. ливрейных свит. (Знатные владельцы земель пользовались правом предоставлять покровительство и брать на службу лиц низших сословий, знаком чего были особые ливреи; такие свиты, сопровождавшие господина, естественно, предрешали исход выборов в графствах и общинах, поскольку голосование проходило открыто.) Законом 1390 г. было запрещено принимать в свиту недворян и вообще иметь свиту дворянам без особых титулов. Затем целой серией парламентских статутов была поставлена под контроль деятельность шерифов по проведению выборных собраний; недобвольные даже получили право на особый иск к шерифам. Статутом 1407 г. впервые был определен контингент избирателей: в общинах и графствах следовало предварительно составлять список допущенных к выборам, и его можно было обжаловать. Это было особо направлено против переезжающих с места на место ливрейных свит. Наконец, законом 1429 г. было введено правило для допуска к выборам: жить по месту проведения собрания. Устанавливался также единый сословно-имущественный ценз: для включения в список избирателей надо было обладать свободным земельным владением (*free-hold*), дающим доход в 20 шиллингов, или иным доходом в 40 шиллингов (что было тогда значительной суммой). За злоупотребления списком избирателей шерифов ждало уже тюремное заключение. Законом 1445 г. были введены дополнительные сословные ограничения: избирателями могли быть только лица дворянского сословия. Списки должны были контролироваться судьями, за самозванство стали преследовать. Эти законы стали общей основой для выборов в парламент на протяжении последующих столетий [2, 334].

Еще одну часть членов парламента составляли представители городов. Далеко не все города обладали правом посылать своих депутатов. В XIII в. из 174 городов регулярно посылали представителей только 58. Это право городам предоставлялось короной вместе с особым правом торговых дел и местной общины. Номинально в городские избиратели причислялись «мэр, старшины и вся община». На деле в этой роли выступал городской нобилитет. Представителями городов нередко избирались не горожане, а рыцари, другие собственники, жившие в графствах. Общее количество горожан среди представителей не превосходило о 50 %. В конце XV в. в парламенте был представлен 101 город. Позднее новые города, в основном малозначительные, получили особые хартии с правами посылать депутатов; выбирали от города по 1–3 депутата [8, 122].

Всего к XVI в. в парламенте насчитывалось до 97 человек в палате лордов (это число было непостоянным) и 300 мест в палате общин (226 от городов и 74 от графств). В начале XVII в. численность палаты общин была значительно

увеличена короной — до 467 депутатов. В XV в. заметную долю среди депутатов стали занимать профессиональные правоведы, им поручали составлять статуты, вести дела парламента. Депутаты палаты общин получали за свое представительство жалованье от графств и городов (по 4 и по 2 шиллинга в день). Сессии парламента продолжались несколько недель. Одна из самых продолжительных, сессия 1406 г. длилась 159 дней. Полномочия депутатов от общин были рассчитаны на один созыв. При объявлении королем нового парламента выборы проходили заново.

Полномочия парламента в государственных делах сложились также не единовременно. Некоторые закрепились за парламентом по традиции, в силу политического равновесия времен сословной монархии. Некоторые были утверждены короной в целях общественного согласия. Но за некоторые полномочия парламенту пришлось вести длительную, с переменным успехом борьбу.

Основным источником определения полномочий парламента стала историческая компетенция собрания магнатов. За собранием знати (или Королевским советом) признавались права на высший суд, в особенности против должностных лиц или представителей знати, на утверждение налогов, на подачу королю советов по государственным делам, на мнение по поводу законов, предложенных королем. Эти полномочия и были возложены на первые парламенты в XIII в. [2, 335].

Ранее других за парламентом закрепились финансовые полномочия. Первые парламенты XIII в., как правило, собирались именно по поводу разрешения короне на те или другие новые субсидии или сборы: с недвижимого или движимого имущества, пошлины с торговых операций и т.д. Эти разрешения парламент обычно «давал» как бы в обмен на подтверждение короной сословных прав и привилегий в целом. Однако это согласие парламента на финансовые сборы лишь незначительно ограничивало аналогичные полномочия короля: в общих доходах королевской казны налоги и парламентские субсидии занимали не более трети. В кризисные времена, тем не менее, эта роль парламента становилась весомым орудием в сословной борьбе. Официально право парламента давать согласие на новые налоги было закреплено в начале XIV в. при короле Эдуарде I: «Король не будет налагать подати без согласия духовенства, дворянства и общин». После обособления верхней палаты финансовые дела все более стали переходить в руки палаты общин [6, 221].

В XIV в. за парламентом были признаны законосовещательные права. Участие парламента в законодательстве было одним из самых острых политических и правовых вопросов, поскольку традиционно издание законов считалось привилегией короны. Но столь же традиционным было право (и обязанность) короны испрашивать «совета и согласия» на ее предложения от совета знати; законодательная инициатива оставалась всецело в руках короля. Как правило, законодательные предложения по общим вопросам выслушивались только верхней палатой или отдельным собранием знати.

Только в 1382 г. участие общин в обсуждении законов было официально

закреплено: «Королю угодно пользоваться советом Общин и спрашивать согласия при постановлении и регистрировании законов, при разрешении субсидий и при других делах, касающихся общей пользы государства». В начале XV в. было подтверждено, что без согласия парламента законы издаваться не будут. При короле Генрихе VI (XV в.) сложилась практика внесения биллей на предварительное согласие парламента. В отношениях короля и парламента был принят принцип, что совместное согласное постановление двух палат по одному и тому же вопросу не может быть отменено единоличным усмотрением короля. С этого времени выработались основные формы английского законодательства: 1) законы-статуты, представлявшие совместные постановления короля и трех сословий в парламенте, и 2) указы-ордонансы, которые король вправе был опубликовывать самостоятельно. В XV в. за парламентом закрепилось и право законодательной инициативы в виде петиций. При Генрихе VI утвердилось правило, что петиции должны представляться в виде готовых законопроектов-биллей.

Позднее и далеко не в полной мере парламент закрепил за собой контрольные права. Объектом парламентского контроля была королевская администрация. Естественно, корона наиболее ревностно отстаивала ее неприкосновенность. В период кризиса середины XIII в. парламенту удалось ввести правило обязательной присяги королевских должностных лиц перед парламентом, но затем это правило исчезло. В XIV–XV вв. парламенту несколько раз удавалось добиться королевского согласия на удовлетворение парламентских петиций о назначении должностных лиц или о снятии их.

Наиболее ярким проявлением этой стороны прав парламента стало признание за ним прав обвинения должностных лиц в злоупотреблениях и преступлениях. Впервые эта процедура импичмента была применена в 1376 г. В дальнейшем она неоднократно использовалась как по инициативе парламента, так и по инициативе короны, в том числе для борьбы с политическими противниками из числа знати [4, 89].

В XV в. парламент приобрел значение самостоятельного учреждения, а не только собрания представителей, созываемого короной. В начале своего существования парламент созывался королем в произвольные сроки. Свобода королевского усмотрения в этом вопросе была подтверждена даже тогда, когда в 1330 г. парламент настоял на признании необходимости ежегодного его созыва: в законе оговаривалось, что созываться будет и чаще, «если такое нужно будет». В 1408 г. Глостерскими декларациями было признано законным для лордов совещаться о государственных делах в отсутствие короля, а после петиции парламента такое же право было закреплено и за палатой общин. При Генрихе IV в политическую жизнь вошло правило свободы парламентских прений: за все сказанное в стенах парламента депутаты не несли ответственности. Хотя давление со стороны короля и даже преследования (при затрагивании щекотливых политических и семейно-наследственных дел короны) имели место на протяжении и XV в. и особенно XVI в., в период абсолютной монархии [5, 52].

## Литература

1. Гутнова Е. В. Возникновение английского парламента / Е. В. Гутнова. — М. : Паука, 1960.
2. Омельченко О. А. Всеобщая история государства и права. В 2 т. Т. 1 / О. А. Омельченко. — М. : Эксмо, 2007.
3. Петрушевский Д. М. Очерки из истории английского государства и общества в средние века / Д. М. Петрушевский. Изд. 5-е. М., 2003.
4. Прудников М. Н. История государства, права и судопроизводства зарубежных стран / М. Н. Прудников. — М. : ЮПИТИ, 2007.
5. Романов П. А. Происхождение парламента в Англии // Книга для чтения по истории средних веков. — М., 1918. — Вып. 3.
6. Саломатин А. Ю. История государства и права зарубежных стран / А. Ю. Саломатин. М. : Норма, 2009.
7. Страхов П. П. Государство и право феодальной Англии / П. П. Страхов. — Х. : Изд-во ХГУ, 1964.
8. Штокмар В. В. Очерки по истории Англии. XVI в. / В. В. Штокмар. — Л., 1957.

## Аннотация

**Попсуєнко Л. А.** Возникновение парламента как важный этап в становлении английского парламентаризма. Статья.

В период сословной монархии в Англии сложилось учреждение, которое стало неотъемлемой и со временем все более значительной частью государственной организации страны — представительный парламент. Своим возникновением он был обязан как установившимся к XIII–XIV вв. политическим формам взаимоотношений сословий Англии с королевской властью, так и особенностям ситуации в условиях кризиса власти второй половины XIII в.

**Ключевые слова:** сословная монархия, парламент, парламентаризм.

## Анотація

**Попсуєнко Л. О.** Виникнення парламента як важливий етап в становленні англійського парламентаризму. — Стаття.

В період станової монархії в Англії склалась установа, яка стала невід'ємною і з часом усе більш значною частиною державної організації країни, представницький парламент. Своїм виникненням він був зобов'язаний як встановленим у XIII–XIV ст. політичним формам взаємовідносин станів Англії з королівською владою, так і особливостям ситуації в умовах кризи влади другої половини XIII ст.

**Ключові слова:** станова монархія, парламент, парламентаризм.

## Summary

**Popsuenco L. O.** Parliament occurrence as an important stage in formation of English parliamentarism. Article.

In a class monarchy in England there was an establishment which became integral and in due course more and more considerable part of the state organization of the country — representative parliament. He has been obliged by the occurrence as established to XIII–XIV centuries to political forms of mutual relations of estates of England with the royalty, and to features of a situation in the conditions of crisis of the power of second half XIII century.

**Keywords:** a class monarchy, parliament, parliamentarism.

**ВПЛИВ НІМЕЦЬКОГО МІСЬКОГО ПРАВА НА РОЗВИТОК  
ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ-ГЕТЬМАНЩИНИ  
У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVII — 80-х рр. XVIII ст.**

Магдебурзьке право як право самоврядування міст утвердилося на Україні під час окупації її феодальною Польщею. Воно поширювалося шляхом надання привілеїв, якими польська шляхта хотіла завоювати симпатії місцевого населення, а також досягти певних цілей — у першу чергу утворити відповідні фортифіковані пункти на прикордонних смугах, розвинути ремесла і полонізувати місцеве населення [8, 303]. Міста з магдебурзьким правом поділялися на магістратські із більш розвиненою системою самоврядування, і ратушні, де порядок самоврядування було дуже змінено. Зовні виглядало, ніби міста, в яких діяло магдебурзьке право, мали свою автономію, фактично ж міста на українських землях ніколи не були незалежними. Після 1648 р. вони потрапили під владу старшин.

Питання становлення та застосування магдебурзького права в Україні-Гетьманщині є недостатньо розв'язаними у вітчизняній та й зарубіжній історіографії. Коли такі вчені, як А. Гальбан, Л. Даргун, В. Вайцекер, Д. Дорошенко, А. Яковлів, писали про неабиякий вплив магдебургії на юридичний статус населення України, то А. Пашук фактично заперечував цю тезу. Правда, інколи всупереч своїм власним переконанням він твердив: «Міщанська верхівка намагалася зробити магдебурзьке право всебічно діючим правом і домогтися повного його застосування в судах» [7, 76]. Схожу суперечливість можна зустріти і в праці Н. Мірзи-Авак'янц з історії суду на Лівобережжі другої половини XVII ст., в якій автор дійшов такого висновку: Литовському Статутові, а тим паче німецькому праву, «що виросло в обставинах життя привілейованого міста, не могло бути ґрунту й місця на Україні Гетьманській» [6, 63]. А далі наголошується: «Унаслідок безпорадного становища судів, що не могли функціонувати, керуючись лише звичаєвим правом, Литовський Статут і збірки німецького права ввійшли в судову практику й набули в ній великого значення, ставши джерелом права... А втім... карні норми Литовського Статуту та німецького права не стали в наших судах нормами обов'язковими: кодекси залишалися лише справочниками... від норм їх постійно відступали...» [6, 64]. М. Петровський, досліджуючи факт надання магдебурзького права Ніжину в 1625 р., обстоював думку про поширення останнього в Україні шляхом видачі відповідних привілеїв польською шляхтою і пов'язував з її бажанням утворити на прикордонних смугах осередки для полонізації місцевих жителів [8, 303]. В. Месяц відзначив дуже вузьке функціонування у країні магдебурзького права [5, 183].

Магдебурзьке право вже із самого початку його введення стверджувало станову диференціацію, яка поглиблювалася протягом другої половини XVII–XVIII ст.

Воно сприяло виникненню в містах окремих станів купців та ремісників, економічно нерівних. Судові функції, за цим правом, не були відокремлені від адміністративних. Суд знаходився в руках купецької та ремісницької знаті.

Міські суди тих міст, що змогли і після 1648 р. відстояти свою відокремленість, — а їх було мало, формально користувалися збірками німецького права у польських переробках. У тих містах, які повністю залежали від козацької адміністрації, магдебурзьке право фактично занепало, застосовувалося мало, оскільки було чужим українському народу, його витісняло звичаєве право, а згодом і російське право. Проблема застосування німецького права на українських землях є досить складною. В історіографії існує декілька концептуальних точок зору. Але майже всі вони (хіба що за винятком А. Яковліва) базуються на стереотипі, за яким поняття «німецьке право» ототожнюється, точніше — звужується до поняття «магдебурзького» або деяких його різновидів, наприклад «хелмінського», і, таким чином, проблема зводиться лише до розгляду міського права, а фактично — до питань: діяло чи ні; якщо так, то в яких межах і позитивну чи негативну роль відіграло в історії України? Звичайно, різні автори давали різні, і навіть протилежні, відповіді. Їх можна звести до кількох принципово узагальнених — німецьке право:

- 1) діяло майже вповні, принаймні у великих містах;
- 2) майже не діяло, за винятком деяких міст, та ще й урізаних елементів самоврядування;
- 3) відіграло негативну роль як насильницька рецепція із рук Польщі, спрямована на спольщення;
- 4) відіграло позитивну роль як спосіб уникнення політичної та економічної залежності, ототожнюваної знову ж таки з полонізацією [13].

Відповіді на поставлені питання у різних сполученнях наведених варіантів становили і становлять дотепер концепції існування та застосування німецького права в Україні. Цим концепціям, очевидно, можна знайти обґрунтування в історіографії так званої народницької школи, яка відіграла важливу роль у висвітленні цього питання.

Але як там що, документальні матеріали другої половини XVII–XVIII ст. переконливо свідчать про часте звернення в українському судочинстві до положень магдебурзького права, врахування (якщо не пряме застосування) їх при винесенні вироків [9; 10]. Проаналізувавши гетьманські універсали, «монарші» грамоти, П. Федоренко дійшов висновку, що головними «носіями магдебурзького (меского) права» продовжували залишатися міста [12, 40]. Мало того, з поширенням в Україні російського законодавства судді нерідко вдавалися до порівняльної характеристики і, траплялося, приймали рішення про покарання злочинця на підставі поєднання права Німеччини і Росії [3, 152].

Важливо також зазначити таке: козацькі суди, очевидно, через те, що користувалися головним чином перекладами, здійсненими у Речі Посполитій, часто називали магдебурзьке право польським джерелом (особливо характерним це є для другої половини XVII ст.). Тим часом воно за своєю формою і

змістом на Лівобережжі й Правобережжі під впливом місцевих умов, зокрема звичаєвих норм поведінки, помітно відрізнялося від його функціонування у країнах Західної Європи [3, 152]. Організація магістратів в Україні також була іншою, ніж там. У невеликих містах, які управлялися ратушами, старшина відала справами козаків, а виборна влада — справами міщан. Нерідко норми магдебурзького права використовували сотенні й полкові суди [1, 54].

Досить цікавою видається думка М. Кобилецького стосовно ролі магдебурзького права в процесі кодифікації права в Україні. Він вважає, що магдебурзьке право належало до основних джерел кодифікації права в Україні впродовж XVIII ст. Його використовували майже в усіх кодифікаційних працях. При використанні джерел магдебурзького права помітний вплив мала також рецепція римського права на українське [4, 336].

З іншого боку — традиціоналізм, притаманний організації тогочасного суспільства в принципі — уявлення про ієрархічність світу, суспільства і права об'єктивно сприяли усталеності, замкнутості форм, недоторканності меж стану. Звідси випливає характер системи права, найголовнішим критерієм якої є суб'єкт. Його права й обов'язки перебувають у прямій залежності від місця, яке він посідає у суспільній ієрархії. «Старовина» набуває особливого значення в охороні власних інтересів. Отже, і щодо німецького права, на українських землях із часом виокремлюється певна група норм, що вже сприймаються як «старовина» та включаються майже до всіх офіційних і так званих приватних кодифікацій протягом кількох століть.

Із матеріалів судової практики можна встановити, що міські суди, посилаючись на магдебурзьке право, користувалися ним не за оригіналами збірок, а за відомими збірками німецького права: переробкою П. Щербича «Саксона», яка складалася з двох частин: «*Speculum Saxonum*», «*Jus municipale*»; «*Prawo chelminskie*» в опрацюванні П. Кушевича (1646 р.). Її дуже мало знали в Україні, тому що її було перекладено тільки в період кодифікації; латинською переробкою М. Яскера 1535 і 1602 рр. під назвою «*Iuris provincialis, quod Speculum Saxonum vulgo nuncupatur, libri tres*»; найпоширенішою збіркою «Порядок» або «*Porzadek sadow u spraw mieyskich prawa Maydeburskiego w Koronie polskiej*», що складалася з восьми менших збірок, переробок, «екстрактів», додатків і окремих правових актів. Її автором її був Б. Гроїцький, який у роботі «*Теп postepek*» використав «*Constitutio Criminalis Carolina*». Для «Порядку» він взяв багато із поширеного тоді на заході «*Enchiridion*» Яна Кірштейна; відомий також інший твір Б. Гроїцького «*Artyculy prawa maydeburskiego, ktore zowia Speculum Saxonum*» [14, 98].

Серед неперекладених юридичних посібників, які бралися до уваги судочинством, слід також виокремити праці Карпшовія (Карпцова), написані латинською мовою: «*Processus juris in foro Saxonico*», «*Practica Novae Imperialis Saxonicae rerum criminalium*», «*Definitiones forenses ad Constitutiones Electorales Saxonicas*» [3, 153]. Норми процесуального права було викладено не тільки в опрацюваннях Карпцова, але і в «Порядку» і «Саксоні». Питанням процесу присвячена третя частина «*Porzadku sadow mieyskich*». У «Саксоні» ці норми

не було зібрано повністю в одному з розділів — вони містилися у декількох статтях.

Всі ці збірки права опрацьовувалися юристами приватно, неодноразово перевидавалися у Польщі і, застосовуючись у судовій практиці, ставали законними. Таке явище, коли закони бралися звідусіль, незважаючи на те, чи мали вони санкцію з боку урядових органів, чи ні, було характерним для XVI–XVIII ст. Ці збірки, видані польською або латинською мовами, не завжди були доступними і зрозумілими суддям XVIII ст., і тому, щоб домогтися їх застосування, панівна верхівка намагалася викласти їх українською мовою. Таким чином, у першій половині XVIII ст. з'являються додаткові опрацювання магдебурзького права: «Короткий показчик магдебурзького права по книзі «Порядок», а також «Кратко выписано з прав малороссийских, книги «Порядка», с артикулов права магдебургского, права цесарского с означением, какое в тех правах за вины положено наказание и казнь и на каких именно значит страницах» [2, 245].

У першій половині XVIII ст. з метою полегшення роботи юристів-практиків додатково створюються «Короткий показчик магдебурзького права по книзі «Порядок» і робота під своєрідною назвою «Кратко выписано з прав малороссийских, книги «Порядка», с артикулов права магдебургского, права цесарского с означением, какое в тех правах за вины положено наказание и казнь и на каких именно значит страницах» [2, 197].

Як зазначає О. Гуржій, у названих та деяких інших збірниках вибрані і дещо трансформовані (порівняно з оригіналами) положення магдебурзького права передбачали головним чином таке: великі пільги міщанам; правила функціонування міської ради та правосудних органів, заборону обирати до них простолюдинів; значне обмеження юридичних прав жінки (наприклад, без заяви або присутності чоловіка чи опікуна її справа не приймалася судом до розгляду, а вона особисто не визнавалася за офіційного свідка); позбавлення прав євреїв; залежність винесення вироку від станового статусу звинуваченого тощо [3, 154].

Проте наявність такого роду джерел і законодавче закріплення магдебурзького права ще не свідчили про їх застосування на місцях, насамперед у містах, у повному обсязі. Цьому нерідко чинили чималий відвертий опір цілі соціальні групи населення, особливо привілейоване козацтво та духовенство. Так, магдебурзьке право Києву неодноразово підтверджувалося жалуваними грамотами великих литовських князів, польських королів, російських царів та універсалами українських гетьманів.

Як справедливо стверджує М. Кобилецький, українські гетьмани застосовували й підтримували магдебурзьке право в українських містах [4, 346]. Ще за років Визвольної війни Б. Хмельницький видав відповідні універсали. Позитивне ставлення Б. Хмельницького до міського самоврядування на основі магдебурзького права засвідчують інші гетьманські універсали. Він звертався до московського царя для підтвердження прав і привілеїв, наданих Києву, Переяславу, Ніжину та іншим українським містам Великими литовськими кня-

зями і королями Речі Посполитої на основі магдебурзького права. Такі звернення українських гетьманів до московських царів на підтвердження їхніх привілеїв на магдебурзьке право царськими жалуваними грамотами мало негативні наслідки для української державності, оскільки міщани за захистом власних прав зверталися не до українських гетьманів, а до московських царів. У такий спосіб українські гетьмани дали змогу втручатися московській владі у внутрішні справи України, сприяли виникненню конфліктів між міщанами та козацькою адміністрацією. Цю ситуацію вміло використала російська влада, яка спочатку ліквідувала автономний статус України, а згодом — і магдебурзьке право [4, 346].

У вересні 1687 р. новообраний гетьман І. Мазепа підтвердив магдебурзьке право для Чернігова: «...пана войта, бурмістров, райців и всіх майстратових места их царського пресвітлого величества Чернігова... права их и суди магдебурские... яко пан полковник черниговский и жаден з старшого и меншого товариства, так і ніхто инший в том майдебурском прави и владінію поменного села, перевоза, млінов и озер им пану войтови, бургомістром, райцом, мещаном и всім найменшой не чинил перешкоды» [11, 55].

Більше характерних ознак виборності мало магдебурзьке право на Лівобережжі. На думку Д. Багалія, його перші переклади на «малоросійську» мову з'являються тут уже в другій половині XVII ст., тобто відразу після об'єднання України з Росією в 1654 р. [1, 78]. Проте різні міста, точніше окремі групи населення в них (селяни, наприклад, незважаючи на те, що постійно проживали в якомусь місті, позбавлялися взагалі цього права), користувались ним не в однаковому обсязі. Так, самоврядування у більш економічно розвинутих Ніжині й Стародубі було вищим за рівнем, ніж, скажімо, в Острі, Мглині чи Новгороді-Сіверському.

На Слобожанщині деякі міста також мали магістратське правління — Харків, Вовчанськ, Золочів, Валки, Охтирка, Краснокутськ, Богодухів, Суми, Білопіль, Лебедин, Недригайлів та Ізюм [3, 156]. Проте, постійний сильний вплив російського законодавства на місцеве законодавство звів до мінімуму застосування у краї норм магдебурзького права. А наприкінці XVIII ст. його в Україні фактично було скасовано царським урядом як такого, що віджило свій вік.

Міщанська верхівка намагалася зробити магдебурзьке право всебічно діючим правом і домогтися повного його застосування в судах.

Безперечно, на Україні у XVIII ст. магдебурзьке право діяло в дуже обмеженій своїй частині. Такий висновок робить, зокрема, В. Мєсяц [5, 183]. По-знайомившись з матеріалами судових справ судів, можна цілком обґрунтовано стверджувати, що ця частина права була дуже обмеженою. В 1827 р. виникло питання про друкування перекладу однієї із збірок магдебурзького права російською мовою. Вже тоді офіційно підкреслювалося, що це право застосовувалося мало або й зовсім не застосовувалося в Україні. З боку царського уряду органам влади в Україні була надана рекомендація використовувати Статут Великого князівства Литовського. На магдебурзьке право в Україні вже остаточно перестали посилалися в 30-х рр. XIX ст.

## Література

1. Багалей Д. Магдебургское право в городах Левобережной Малороссии. Труды X археологического съезда в Риге / Д. Багалей. — М., 1899. — 445 с.
2. Василенко М. Матеріали до історії українського права / М. Василенко. — К., 1929. — 421 с.
3. Гуржій О. Українська козацька держава у другій половині XVII–XVIII ст.: кордони, населення, право / О. Гуржій. — К.: Основи, 1996. — 222 с.
4. Кобилецький М. Магдебурзьке право в Україні (XIV – перша половина XIX ст.). Історико-правове дослідження / М. Кобилецький. — Л.: ПАІС, 2008. — 406 с.
5. Месяц В. История кодификации права на Украине в первой половине XVIII в. / В. Месяц. — К.: ВИНТИ, 1964. — 378 с.
6. Мірза-Авак'янц Н. Нариси з історії суду в Лівобережній Україні другої половини XVII століття // Наукові записки науково-дослідної кафедри історії української культури. — Х., 1928. — № 5. — С. 62–66.
7. Пашук А. Й. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII–XVIII ст. (1648–1782) / А. Й. Пашук. — Л., 1969. — 587 с.
8. Петровський М. Надання Ніжину магдебурзького права у 1625 р. «Чернігів і Північне Лівобережжя» / Петровський М. — К., 1928. — 564 с. (Записки українського наукового товариства в Києві та історичної секції ВУАН).
9. Справа про викрадення грошей з куріпної скрині отаманом Корснівського куреня Григорієм Піткою від 13 січня 1761 р. // ЦДІАК України. — Генеральна військова канцелярія (1656–1771). — Ф. 51. — Оп. 1. — Спр. 294. — 15 арк.
10. Справа про відібрання писарем Кальміуської паланки Олексієм Петрушою майна у козака Менського куреня Стефана Чорного від 22 липня 1745 р. // ЦДІАК України. — Генеральна військова канцелярія (1656–1771). — Ф. 51. — Оп. 1. — Спр. 158. — 10 арк.
11. Універсали Івана Мазепи, 1687–1709: збірка / упоряд. І. Бутич. — К.: НТШ, 2002. — 758 с.
12. Федоренко П. Грабіж у побуті і праві Гетьманщини // Студії з історії України науково-дослідної кафедри історії України в Києві. — К., 1930. — 345 с.
13. Jakowliw A. Das deutsche Recht in der Ukraine und seine Einflüsse auf das ukrainische Recht im XVI–XVIII Jahrhundert / A. Jakowliw. — Leipzig, 1942. — 532 s.
14. Pauli L. Z badan nad zrodłami dziei prawniczych Bartłomieja Groickiego. Miscellanea Iuridica / L. Pauli. — Warszawa, 1961. — 320 s.

## Анотація

*Остапенко Т. О.* Вплив німецького міського права на розвиток правової системи України-Гетьманщини у другій половині XVII — 80-х рр. XVIII ст. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу ролі та місця норм німецького міського права серед джерел права України-Гетьманщини. В ній встановлено порядок закріплення та надання магдебурзького права містам України-Гетьманщини. Також у статті проаналізовано матеріали судової практики, на підставі чого встановлено факти застосування норм магдебурзького права у різних сферах суспільних відносин — покарання злочинців, укладання шлюбу, встановлення права власності на землю тощо.

*Ключові слова:* Україна-Гетьманщина, правова система, магдебурзьке право, застосування права, хелмінське право.

## Аннотация

*Остапенко Т. А.* Влияние немецкого городского права на развитие правовой системы Украины-Гетманщины во второй половине XVII — 80-х гг. XVIII ст. — Статья.

Статья посвящена анализу роли и места норм немецкого городского права среди источников права Украины-Гетманщины. В ней установлен порядок закрепления и предоставления магдебургского права городам Украины-Гетманщины. Также в статье проанализированы материалы судебной практики, на основании чего установлены факты применения норм магдебургского права в разных сферах общественных отношений — наказание преступников, заключение брака, установление права собственности на землю и т.д.

*Ключевые слова:* Украина-Гетманщина, правовая система, магдебургское право, применение права, хелминское право.

### Summary

*Ostapenko T. O.* Influence of the German city right to development of a legal system of Ukraine-Hetmanate in the second half of XVII — 80-ies XVIII century. — Article.

The article analyzes the role and place of the rules of German municipal law among the sources of law in Ukraine-Hetmanate. It establishes the order of consolidation and the provision of Magdeburg law to cities of Ukraine-Hetmanate. This article also analyzes some case materials on which basis it was established the facts of enforcement of Magdeburg law norms in different spheres of social relations — punishment of criminals, marriage, establishment of right to land ownership etc.

*Keywords:* Ukraine — Hetmanate, legal system, Magdeburg law, enforcement, Helm law.

УДК 347.725(470)“16/18”

*Н. К. Колібабчук*

### ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ НАПРИКІНЦІ XVII — XVIII СТ.

Ідея корпоративних торговельно-промислових об'єднань (корпорацій) була запозичена Росією із країн Західної Європи. Поза сумнівом, подальший процес її становлення та розвитку та практичної реалізації відбувався під впливом західноєвропейського законодавства та практики. На заході зазначений інститут складався поступово, починаючи із часів римської імперії, а його законодавче оформлення почалося вже після того, як всі його характерні особливості були вироблені самим життям. Таким чином, акціонерна форма підприємницької діяльності в Росії з'явилася вже як рецепований інститут. Особливістю розвитку цього виду законодавства в Російській імперії стала його адаптація до нових умов [15].

Слід відзначити, що вперше інтерес до корпорацій в Росії з'явився не в торгових колах, а в уряді. Так, за часів правління Олексія Михайловича, цареві було представлено проект організації великої компанії для виробництва китобійного промислу і здобування сала. Новоторговельний статут 1667 р. радив «протистояти чужоземським купцям на основі складництва російських торгових людей», тобто свого роду компаній [3]. Таким чином владою передбачалося створити умови, при яких можна було б уникнути залежності багатьох торговців не тільки від іноземного, але і від лихварського капіталу. Така практика, крім того, мала на меті згладити гостроту суперечностей між заможною купецькою верхівкою та дрібними торговими людьми.

Справжні кроки до широкого застосування акціонерної форми підприємництва були зроблені вже за часів правління Петра I.

Подорожуючи Європою, цар замислився над потребою необхідності «перенесення» до Росії цього інституту. Після повернення із-за кордону ним був виданий перший законодавчий акт, що має пряме відношення до створення перших корпорацій та започаткування корпоративного руху в Росії взагалі [2].

Так Указом від 27 жовтня 1699 р. купцям було наказано складати, як і в інших європейських державах, торгові компанії. Згідно з Указом затверджувалось наступне: «Московского государства и городовым всяких чинов купеческим людям торговать так же, как торгуют в иных государствах торговые люди, компаниями, имеют о том всем купеческим людям меж собою с общего совета установления, которые пристойно бы было к распространению торговых, от чего надлежит быть в сборе к его Великого Государя казны пополнению компаниями» [4]. В зазначеному указі мова йшла про колоніальні акціонерні компанії, а разом з тим зрозуміло і те, що уряд мав нечітке уявлення про цю форму об'єднання. Проте йому була цілком зрозумілою мета — фіскальна: члени компанії, об'єднуючи свої капітали, виявлялися зв'язаними круговою порукою, особливо у питаннях сплати податків [1].

На підтвердження такої тези можна навести царські укази від 27 жовтня 1706 р. та 2 березня 1711 р. [5]. В них повторювалася та ж думка про необхідність і для російських людей торгувати «компаніями» за зразком західноєвропейських колоніальних компаній.

У 1720 р. був затверджений проект «Об учинений контракта Миссисипской компании», відповідно до якого зазначений компанії було «позволено во всём государстве, где оной угодно будет, через искусных рудокопных людей новых металлов и минералов искать, на обретенные же руды и места от Берг-коллегии позволения требовать, оные к пользе своей употреблять» [6].

Проте, як і раніше, владне уявлення про зміст та діяльність акціонерних компаній залишалося уявним. Доказом тому може служити Указ від 8 листопада 1723 р., в § 4 якого мовилося: «От города Архангельска подлежит строить компании для китового промысла, а наисильнейшую в Гипшании, в которой должность учинить некоторым чинам сверх охотников, как-то учинено в Голландии в Ост-Индской компании, то чина не дадут пока пай свой в оную не положат».

За задумом монарха такі компанії треба, по можливості, «умножати», проте, «сколь возможно негласно делать, дабы лишним эхом вреда вместо пользы не было». Такий подвійний підхід, де, з одного боку, нав'язувався примусовий принцип утворення компаній, який, вочевидь, уряд мав бажання встановити, а з іншого — принцип самоврядування, введений в Ост-Індській і інших компаніях, через який їхні директори обов'язково повинні були бути акціонерами.

4 серпня 1724 р. був виданий новий Указ «Про створення компанії для торгу з Іспанією під управлінням Комерц-колегії» [7].

Найбільш вдалим можна назвати досвід створення акціонерної компанії Лоренцем Лангом — шведським інженером, що поступив на службу до Петра I, кілька разів виконував дипломатичні місії в Китаї, згодом призначений віцегубернатором до Іркутська (Енциклопедичний словник Брокгауза-Ефрона. Сл. Ланг). Їм було розроблено проект компанії для торгівлі з Китаєм, який можна назвати першим досить ґрунтовним проектом акціонерної компанії, таким, що свідчить про те, що урядові установи Російської імперії мали нагоду ознайомитися із особливостями цієї форми об'єднання. Капітал зазначеної

компанії повинен був складати майже 2 млн крб, що розпадається на акції по триста рублів кожна (§ 1). Вступити до компанії міг кожен, не виключаючи іноземців (§ 2). Оплата акцій була одноразовою. Управління зосереджувалося в руках загальних зібрань, право голосу давало володіння десятима акціями. Загальне зібрання обирало директорів (§ 5) і визначало спосіб розподілу чистого прибутку (§ 19) [8].

Проект фондуваної компанії для торгівлі з Китаєм був представлений до Сенату 17 вересня 1739 р. Сенат виніс ухвалу про початок запису в Комерц-колегії всіх осіб, що побажали брати участь в компанії, з вказівкою розміру капіталу, що вкладається. Проте на заклики уряду ніхто не відгукнувся. Запрошення до підписки повторювалося 9 вересня 1740 р. [9], а потім і в Указі від 11 вересня того ж року [10].

Наступним більш вдалим проектом стала «Російська торгуюча в Константинополі компанія» [11], утворена в 1757 році. Капітал «Російської торгуючої в Константинополі компанії» складався з 200 акцій по 500 крб кожна. 100 акцій розбиралися засновниками, решта надавалися охочим. Подальше збільшення або зменшення капіталу передбачалося шляхом розкладки між власниками акцій. Проте при цьому акції визнавалися вільно відчужуваними. Все управління компанією було зосереджене в руках її директорів. Компанія проіснувала лише до 1762 р.

15 червня 1758 р. був опублікований Указ про організацію торгової компанії із Персією під назвою «Компанія персидського торгу» [12]. Її капітал складався із 4000 акцій по 150 крб кожна. Він міг бути збільшений лише через додаткові внески за ухвалою директорів, в руках яких зосереджувалося все управління компанією.

З часом у російському торговельному суспільстві все ширше розповсюджувалися зведення про нову форму об'єднань, так само як і усвідомлення її користі [19].

У 1782 р. в Петербурзі була утворена компанія для будівництва кораблів, названа в законі 6 вересня 1805 р. акціонерною компанією [13].

Підсумовуючи цей короткий нарис історії акціонерної справи до утворення Російсько-американської компанії, можна зробити висновок про «запозичення» акціонерної форми господарського об'єднання до Російської імперії із Заходу. Така рецепція не була здійснена силою одного якого-небудь урядового акта. Хоча поза сумнівом, урядові акти передували приватній ініціативі, проте, остання не залишалася байдужим статистом. Коли засновники Російсько-американської компанії звернулися до уряду із клопотанням затвердити статут цієї компанії, вже було напрацьовано певний досвід діяльності таких компаній [20].

Про виникнення Російсько-американської компанії нам відомо завдяки роботі П. Тихменева [16]. В першій половині XVIII ст., відшукуючи цінні хутра, російські купці споряджали експедиції на Алеутські і Курильські острови. Зважаючи на значний ризик і великі витрати, пов'язані з подібними експедиціями, вони гуртувалися в компанії для ведення торгівлі. Значних розмірів

такого роду торгівля прийняла в 80-х рр. XVIII ст., коли купцями Шеліховим та Голіковим була утворена компанія строком на 10 років. 30 листопада 1787 р. сибірський генерал-губернатор Якобі в рапорті на ім'я імператриці Катерини II про кращі способи щодо закріплення Росії на островах Тихого океану і на берегах Америки доводив необхідність підтримати підприємство Шеліхова наданням його компанії виняткового права здобувати хутро [17]. Комерц-колегія, в яку було передано клопотання Якобі, його підтримала.

В 1794 р. Шелехов заснував Американську компанію [18]. Після його смерті в 1795 р. керівництво компаніями перейшло до його вдови. 3 серпня 1798 р. був підписаний акт об'єднання компаній Шелехова і компанії купця Мильникова, який одночасно став статутом нового товариства, що конкурували між собою. В указі імператора Павла I Сенату від 8 червня 1799 р. наголошувалося: «Полезьа и выгоды, происходящие для империи нашей от промыслов и торговли, производимых верноподданными нашими по Северовосточному морю и в тамошнем крае Америки, обратили на себя наше Монаршее внимание и уважение. Посему, принимая в непосредственное покровительство наше, составившуюся по предмету оных промыслов и торговли компанию, повелеваем ей именоваться под Высочайшим покровительством Российско-американской компаний» (Под высочайшим его императорского величества покровительством Российско-американской компании главного правления акт и высочайшие дарованные оной компании правила с приобщением приличных к оному указаний).

Всі відносини в компанії регулювалися правилами, що дарували разом з наданням їй привілеїв строком на 20 років відповідно до указу від 8 червня 1799 р., а також актом Американської Сполученої компанії, складеним 3 серпня 1798 р., якщо ухвали даного акту не були змінені або не були відмінені правилами [14]. Первинний капітал Російсько-американської компанії був визначений в 724 тис. руб.; передбачалося і подальше збільшення цього капіталу у міру приєднання нових «компаньйонів». Не відрізнялися новизною ухвали щодо того, що внесений капітал не міг повертатися назад власниками акцій. Свобода звернення акцій обмежувалася вимогою повідомлення правління [1].

Найвищим органом управління оголошувалися збори акціонерів. Вони встановлювали спосіб розподілу прибутків, обирали посадових осіб і їх зміщували, робили доповнення до акта про утворення компанії, проте при цьому компанія зобов'язана була «не вводя оные в исполнение, представит на Высочайшее Его Императорского Величества благоусмотрение» (Правила для учреждаемой компании (8 июля 1799 г. § 21).

Кількість голосів на зборах компанії відповідала кількості акцій. В урядовому варіанті відповідно до правил правом голосу користувалися лише власники щонайменше 10 акцій.

Безпосереднє управління справами компанії ввірялося директорам у кількості не більше чотирьох, які разом утворювали правління. Директор компанії повинен був мати не менше 25 акцій.

Хоча організація Російсько-американської компанії і не внесла нічого абсолютно нового порівняно з тим, що було вироблене вже до неї, все ж таки був зроблений важливий крок вперед на шляху свідомого застосування акціонерної форми господарської діяльності. Успіх, досягнутий цією компанією, в значній мірі сприяв справі популяризації в Росії акціонерної форми об'єднання.

### Література

1. Никонов С. Н. Юридическая природа торговых и промышленных предприятий по русскому праву // Записки юридического факультета Петроградского университета. — Пг., 1917. — 914 с.
2. Петров Ю. А. Роль акционерных коммерческих банков Москвы в процессах формирования финансового капитала в России (конец XIX — 1914 г.): дис. ... канд. юрид. наук / Ю. А. Петров. — М., 1986. — 356 с.
3. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 1. — № 469.
4. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 3. — № 1706.
5. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 4. — № 2330.
6. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 6. — № 3710.
7. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 7. — № 4540.
8. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 10. — № 7906.
9. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 11. — № 8234.
10. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 11. — № 8237.
11. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 14. — № 10694.
12. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 15. — № 10848.
13. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 28. — № 21900.
14. Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. — СПб., 1830. — Т. 25. — № 19030. Правила компании.
15. Райский Ю. Л. Акционерные земельные банки в России во второй половине XIX — нач. XX веков: дис. ... д-ра юрид. наук / Ю. Л. Райский. — Курск, 1982. — 565 с.
16. Тихменев П. Историческое обозрение образования Российско-Американской компании и действий её до настоящего времени / П. Тихменев. — СПб., 1863. — 388 с.
17. Тихменев П. Историческое обозрение образования Российско-Американской компании и действий её до настоящего времени / П. Тихменев. — СПб., 1863. — 19 с.
18. Тихменев П. Историческое обозрение образования Российско-Американской компании и действий её до настоящего времени / П. Тихменев. — СПб., 1863. — 30 с.
19. Шепелёв Л. Е. Из истории русского акционерного законодательства (закон 1836 г.) // Внутренняя политика царизма (серед. XVI — нач. XX вв.): сб. ст. — Л., 1967. — С. 168–196.
20. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.) / Г. Ф. Шершеневич. — М., 1994. — 335 с.

### Анотація

**Колибабчук Н. К.** Виникнення та розвиток акціонерних товариств в Російській імперії наприкінці XVII — XVIII ст. — Стаття.

У статті розглядаються періоди виникнення та розвитку акціонерних товариств у Російській імперії наприкінці XVII — початку XIX ст. Розкриваються основні поняття акціонерних товариств, їх поетапний розвиток та вплив на становлення всього економічного та господарського життя Росії XVII–XIX ст.

**Ключові слова:** Російська імперія, корпорації, акціонерні товариства, становище, законодавство, торгівля.

### Аннотация

**Колибабчук Н. К.** Возникновение и развитие акционерных обществ в Российской империи конца XVII — XVIII в. — Статья.

В статье рассматриваются периоды возникновения и развития акционерных обществ в Российской империи конца XVII — начала XIX в. Раскрываются основные понятия акционерных

обществ, их поэтапное развитие и влияние на становление всей экономической и хозяйственной жизни России XVII — XIX вв.

*Ключевые слова:* Российская империя, корпорации, акционерные общества, положение, законодательство, торговля.

### Summary

*Kolibabchuk N. K.* Emergence and development of joint stock companies in the Russian Empire at the end of XVII — beginning of the XVIII century. Article.

This article describes the periods of emergence and development of joint stock companies in the Russian Empire XVII — beginning of the XIX century. Reveal the basic concepts of joint stock companies, and their gradual development and influence on the development of all economic and business life of Russia XVII — XIX centuries.

*Keywords:* the Russian empire, corporation, joint stock companies, state, law, trade.

УДК 340.15:349.6

Л. Я. Коритко

### РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ПРИРОДНІ ОБ'ЄКТИ ТА ЇХ РЕСУРСИ В АВСТРІЇ (ДР. ПОЛ. ХІХ — ПОЧ. ХХ СТ.).

Інститут права власності детально досліджується в юридичній науці та є традиційним для правової системи. Право власності на природні об'єкти та їх ресурси повністю базується на загальному цивільно-правовому інституті права власності. Юридична наука розглядає право власності на природні об'єкти та їх ресурси з позицій об'єктивно-суб'єктивних підходів — це система правових норм, які закріплюють і регулюють можливості суб'єктів щодо володіння, користування і розпорядження належними їм природними об'єктами і ресурсами.

Характеристика інституту права власності на природні об'єкти та їх ресурси в сучасному праві України була б неповною без вивчення та врахування історичного досвіду українських земель. Зокрема, західних, які вродовж тривалого часу перебували під владою різних держав і, відповідно, під дією різних правових систем. З 1772 по 1918 рр. вони перебували в складі Австрійської (Австро-Угорської з 1867 р.) імперії.

Проблеми розвитку австрійського природоохоронного законодавства, що містить норми, які регулюють право власності на природні об'єкти та їх ресурси, практично не досліджувалися в українській правовій науці. Серед науковців відзначимо праці О. І. Логвиненко (лісове законодавство), Р. С. Кіріна (надрове законодавство). Окремо характеристику законодавства про власність на природні об'єкти подано істориком Р. В. Петрівим, він є одним з перших сучасних науковців, у чиїх публікаціях знаходимо згадку про те, що в Австрії був прийнятий державний Водний закон 1869 року та крайовий галицький Водний закон 1875 року [1, 118]. Однак судження автора, що згідно з цими законами «усі ріки, починаючи від місць де можливе плавання по них на різних плавучих засобах, визнавались власністю суспільства» [1, 118] вважає-

мо таким, що не повною мірою відображає правовий режим річок. Адже, термін «власність суспільства» можна тлумачити двояко: власність громади, тобто комунальна власність і в широкому розумінні — як державна власність. Тим паче, що за словами автора, згідно з законом ще від 14 червня 1776 року про славні ріки, «усі ріки вважалися власністю держави» [1, 118].

Метою пропонованого дослідження є аналіз австрійських законодавчих актів, правовими нормами яких встановлено (врегульовано) право власності на окремі природні об'єкти та їх ресурси.

Серед завдань виділимо наступні:

- визначити види (форми) власності на окремі природні об'єкти, встановлені австрійським законодавством XIX — поч. XX ст.;
- порівняти австрійське законодавство про охорону природи другої половини XIX століття із екологічним законодавством сучасної України кінця XX — початку XXI століття.

Цивільним кодексом Австрії 1811 року [2] було визначено такі форми власності: державна, гмінна (комунальна — власність адміністративно-територіальної одиниці. — *Л. К.*), приватна та власність монарха, яка проголошувалася як неподільна та недоторканна. Водночас у підручнику з австрійського приватного права проф. Львівського університету кінця XIX ст. О. Огоновського читаємо, що річ може бути власністю або держави, або громади, або й зовсім приватною [3, 206]. Тобто у якості суб'єктів права власності визнані держава, громада та приватні особи.

Крім того, в тогочасній науковій літературі зустрічаємо такі терміни, як власність скарбова. Наприклад, при описі лісового господарства в господарському окрузі «Княждвір» [4], що знаходилося в Галичині, читаємо, що право рибальства дозволялося у водах річки Прут в гміні Шепаровичі тільки у водах, що прилягають до казначейської власності (скарбової) і спільно з сусідами [див.: Державний архів Івано-Франківської області, ф. Р-2172, спр. 87, арк. 6]. Очевидно, мова йде про території, що належали до відання Дирекції Скарбу (казначейства). Законодавчого підтвердження цьому нами не знайдено. Можемо припустити, що мова йде про державну власність, адже Дирекція Скарбу (казначейство) є державним органом.

Аналізуючи австрійське галузеве природоохоронне законодавство, робимо висновок, що форма власності виступала критерієм диференціації природних об'єктів на види, зокрема, лісів. Зазначимо, що самого визначення поняття лісу (лісів) та поняття лісового фонду в тогочасному законодавстві не дано. Незважаючи на відсутність самого визначення, правовий режим лісів відповідно до форм власності встановлено державним Лісовим законом 1852 року (Вісник законів державних, далі — В.з.д., № 250). В даному законі вперше в австрійському праві здійснено класифікацію лісів за формами власності на три види: державні, громадські (комунальні) та приватні.

Зокрема, § 1 цього закону ліси поділено на три види:

- 1) державні ліси — урядові (статські) і такі, що безпосередньо управляються урядом;

2) громадські — ліси та лісові угіддя, котрі належать місцевим та сільським громадам;

3) приватні — ліси окремих осіб, а також різноманітних орденів, монастирів, товариств.

З цього бачимо, що Лісовим законом 1852 року до державних віднесено ліси, які перебували у державній власності та від імені і, безумовно, в інтересах держави, управління ними здійснювалося державними органами (урядом) [5, 10].

Громадські ліси в Австрійській державі вважалися комунальними, тобто ці ліси та лісові угіддя перебували у власності територіальних (міських, повітових, сільських) громад.

В. М. Клапчук та О. Р. Проців на базі польських джерел вказують, що такі ліси поділялися на три категорії: I категорія — ліси, що належали органам місцевого самоврядування і до їх громадських закладів; II категорія — церковні ліси; III категорія — ліси фондаций на цілі освіти і гуманітарні проекти.

До I категорії належали: ліси краю, провінції, повіту, дохід від яких направлявся на потреби місцевого самоврядування чи повіту; ліси ґмін, дохід від яких був призначений на покриття витрат місцевого бюджету; ліси, що складали майно ґміни, дохід від яких служив джерелом забезпечення уповноважених членів ґміни; ліси і лісові землі, які стали загальною власністю і були призначені для загального користування. До II категорії відносилися: ліси, що належали до майна релігійного фонду; ліси, дохід з яких складав частину дотацій єпископатів і приходів, що використовувалися для оплати праці архієпископа, єпископа чи священика; ліси, що складали окремий маєток певного релігійного храму, дохід від яких був призначений для витрат на утримання церковних будівель і здійснення богослужіння; ліси, що належали до майна монастирів і духовних конгрегацій. До III категорії відносилися, в першу чергу: ліси фондаций для утримання шкіл та інститутів; ліси фондаций для утримання бібліотек; ліси фондаций для утримання установ для убогих і хворих; сирітських установ; ліси фондаций для виділення стипендій для убогих учнів; ліси релігійних фондаций на побожну мету; ліси громадських і приватних фондаций на утримання інших гуманітарних установ [6, 74].

I, накінець, до приватних законом віднесено ліси, що перебували у власності окремих (очевидно, маються на увазі фізичні особи. — *Л. К.*) осіб. Крім того, вказано, що приватні ліси перебували у власності різноманітних орденів (очевидно, чернечих. — *Л. К.*), монастирів, утворень (організацій), приватних товариств (товариств, «котрі опираються на приватно-правні отношенія») [5, 10].

В залежності від форми власності на ліси визначався і правовий режим їх використання та охорони. Наприклад, заборонялося використовувати землі лісового фонду («лісові ґрунти») для інших цілей без спеціального дозволу. Лісовим законом 1852 року було встановлено, які органи могли видавати такий дозвіл відповідно до того, як класифіковано ліси за формами власності.

Принагідно зазначимо, що сьогодні ліси, які знаходяться в державному володінні Австрійської Республіки, становлять лише 18 % лісових площ краї-

ни. Більшість з них раніше належала Габсбургам, які правили Австро-Угорською імперією протягом декількох століть. Ці ліси були націоналізовані після Першої світової війни [7].

Відповідно до Цивільного кодексу 1811 року води перебували у державній та приватній власності. Власникам приватних водних об'єктів належали також права на рибу у річках і право рибальства (§ 407, § 409) [2]. В австрійському державному Водному законі, виданому 30 травня 1869 року (В.з.д., № 93), води поділено на державні та приватні. Згідно з § 2 усі річки, починаючи від місць, де можливе плавання по них на різних плавучих засобах (кораблях, плотах тощо), визнавались державною власністю [8, 613]. Такі річки залишались у державній власності навіть у випадках остаточного або тимчасового припинення по них судноплавства. Також державною власністю вважались річки та води, на яких неможливе судноплавство, водотоки, озера тощо, якщо вони не перебували у приватній власності на законних підставах (§ 3 Водного закону).

Власникам земельних ділянок належали підземні та наземні води, що протікали по їхній території, за певними винятками (наприклад, соляні джерела). Води, які збиралися на ґрунті внаслідок атмосферних опадів (атмосферна волога); вода в колодязях, ставках, цистернах та інших ємкостях, у водоймах, каналах та трубах, і т.п., закладених власником землі для приватних цілей. Тобто ці води перебували у приватній власності, що було врегульовано § 4 Водного закону 1869 року. При цьому розміри водойм прямо законом не були обмежені [9, 191].

Водночас держава мала право вилучати проточні води з приватної власності для суспільних потреб [8, 614]. Переважно для судноплавства, сплаву лісу та інших видів діяльності. Порядок такого вилучення не повинен був суперечити цивільному законодавству, зокрема § 365 Цивільного кодексу 1811 року.

В 1854 році в Австрійській імперії виданий державний Гірничий закон (В.з.д., № 146). Однак у ньому не було чітко врегульовано відносини власності на земельні ділянки та на корисні копалини, які на них знаходилися і видобувалися.

Тому в тогочасних публікаціях знаходимо пропозиції науковців про необхідність внесення змін до гірничого законодавства щодо власності на земельні ділянки і на корисні копалини, які на них знаходяться. Щоб вдосконалити торгівлю землею та нафтовою продукцією з метою відокремлення інтересів посередників від інтересів власників, тобто взагалі інтересів нафтових. Та щоб розділити торгівлю землею і торгівлю нафтовою продукцією [10, 38]. Проводилися наукові дискусії щодо правового режиму надр, їх використання. Зокрема, в 1901 році такий захід відбувся у Східній Галичині у Львові за участі д-ра Хофмюкла (Hofmukla), д-ра Дзедзича (Dziedzicza), д-ра Ашкеназі (Aschkenazy), проф. Долінського (Dolinskigo), адвоката д-ра Рейтера (Reiterza) та радника крайового суду Левандовського (Lewandowskiego). З них д-р З. Дзедзич висловив думку, що нафтове право є речове право на чужій землі з особливістю того,

що видобуток мінералів здійснювався для держави [11, 62]. Адвокат д-р Л. Царо (L. Sago) взагалі вважав, що питання відношення власності ґрунтової (на землю) до власності гірничої віддавна належать до найцікавіших у цивільному праві. Мова про те, кому належать корисні копалини, видобуті працею гірника: чи особі, що вклала кошти у видобуток (інвестору. — Л. К.), чи державі, чи власнику землі (якому повинно бути надано дозвіл на пошук корисних копалин) [12, 75]?

Як бачимо, аналіз норм природоохоронного законодавства Австро-Угорщини засвідчує неоднозначне розуміння права власності і форм власності з огляду на той чи інший природний об'єкт.

Слід відмітити, що сучасне екологічне законодавство України також містить ряд суперечностей щодо регулювання права власності на природні об'єкти та їх ресурси. Зокрема, ст. 13 Конституції України фіксує форми права власності на природні ресурси, передбачаючи, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, а також природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу, від імені якого повноваження власника покладаються на органи державної влади та органи місцевого самоврядування у межах норм Конституції. Водночас ст. 41 Конституції визначає в цілому три класичні форми власності: державна, комунальна, приватна. При цьому аналіз норм поресурсового (земельного, лісового, водного, надрового тощо) законодавства України, по-перше, не завжди відображає норму ст. 13 Конституції, по-друге, щодо кожного окремо взятого природного об'єкта у галузевому законодавстві визначено особливості їх використання та форми власності.

**Висновки.** Отже, проведене дослідження дає змогу зробити наступні висновки:

1. В австрійському праві XIX — поч. XX ст. досить ґрунтовно врегульовано відносини власності на природні об'єкти та їх ресурси.
2. Право власності на природні ресурси базувалося на загальному цивільно-правовому інституті права власності, встановленому австрійським Цивільним кодексом 1811 року.
3. Правовий режим права власності на природні об'єкти визначався різногалузевими актами австрійського законодавства XIX — поч. XX ст., що засвідчує складну юридичну природу цього інституту та його комплексний характер.
4. Режим використання і форми власності на природні об'єкти визначалися щодо кожного з них окремо, з огляду на їх екологічні та економічні характеристики, при цьому визначальними щодо всіх природних об'єктів були і залишаються три класичні форми власності: державна, комунальна, приватна.

Перспективними напрямками майбутніх досліджень вважаємо подальше вивчення австрійського природоохоронного законодавства XIX — поч. XX ст., яке діяло в т.ч. і на території сучасних українських земель, його порівняння із законодавством незалежної України.

## Література

1. Петрів Р. Право Австрії та Східної Галичини (70-ті роки XVIII ст. — 70-ті роки XIX ст.) // Право України. — 2000. — № 6. — С. 117–118.
2. Powszechny Austriacki Kodeks Cywilny z uzupełniającymi ustawami i rozporządzeniami objaśniony orzeczeniami sądu najwyższego. Przez prof. St. Wroblewskiego, część pierwsza (§§ 1–937). — Kraków: Leon Frommer: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarz. J. Filipowskiego, 1914. — 796 s.
3. Огоновський О. Систем австрійського права приватного. Т. 1. Науки загальні і право річове / О. Огоновський. — Л.: Вид. П. Стебельський: Накл. О. Огоновської, 1897. — 341 с.
4. Державний архів Івано-Франківської області. — Ф. Р-2172. Трибун Павло Андрійович — кандидат сільськогосподарських наук. Почесний член Українського товариства охорони природи, Почесний член Українського ботанічного товариства. 1923–1997 рр. Оп. 1. Спр. 87. Обліштування лісового господарства в господарському окрузі Княздвір, 1887 р. Руккописний текст. — 1887 р. — 201 арк.
5. Коритко Л. Я. Види лісів згідно австрійського лісового законодавства другої половини XIX ст. // Perspektywiczne opracowania sa nauka i technikami — 2010: міжнар. наук.-практ. конф., 7–15 листоп. 2010 р.: тези доп. Przemysl, 2010. — С. 9–11.
6. Клапчук В. М. Лісове та мисливське господарство Галичини: [монографія] / В. М. Клапчук, О. Р. Проців; Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, Івано-Франків. обл. упр. лісового та мислив. госп-ва. — Івано-Франківськ: Фоліант, 2011. — 432 с.
7. Сабадир А. Організація господарювання в державних лісах Австрії [Електронний ресурс] / А. Сабадир, В. Коржов. — Режим доступу: <http://www.derevo.info/content/detail/297>.
8. Законъ зъ дня 30 Мая 1869., (въ ХІІ. ч. Вѣстника зак. державныхъ, ч. 93., выданой для ІІ. Червца 1869.), дотычно постановлений о правъ воды, застереженныхъ державному законодательству // Вѣстникъ законовъ и распоряженій краевыхъ для Королевства Галиціи и Володимиріи разомъ съ великимъ Княжествомъ Краковскимъ. — Львовъ: Въ ц. к. Галиційской скарбово-державной типографіи, 1869. — № 95. — С. 613–620.
9. Коритко Л. Я. Право власності на водні об'єкти за австрійським законодавством XIX століття // Проблеми державотворення та правотворення в Україні: матеріали II Регіон. круглого столу (Львів, 18 лют. 2011 р.). — Л.: ЛьвДУВС, 2011. — С. 189–191.
10. Baldwin-Ramult K. Przyczynę do zmiany ustawy naftowej // Nafta. Organ Galicyjskiego Przemysłu Naftowego pod redakcyą prof. R. Złozieckiego. — Lwów: Z Drukarni «Słowa Polskiego», pod zarządem Z. Halacinskiego, 1901. — Rocznik IX. — Zeszyt 3. — S. 38–39.
11. O kontraktach naftowych (Słowo Polskie) // Nafta. Organ Galicyjskiego Przemysłu Naftowego pod redakcyą prof. R. Złozieckiego. — Lwów: Z Drukarni «Słowa Polskiego», pod zarządem Z. Halacinskiego, 1901. — Rocznik IX. — Zeszyt 4. — S. 61–62.
12. Caro L. Projekt reformy ustawodawstwa naftowego / L. Caro // Nafta. Organ Galicyjskiego Przemysłu Naftowego pod redakcyą prof. R. Złozieckiego. — Lwów: Z Drukarni «Słowa Polskiego», pod zarządem Z. Halacinskiego, 1901. — Rocznik IX. — Zeszyt 5. — S. 75–76.

## Анотація

**Коритко Л. Я.** Розвиток інституту права власності на природні об'єкти та їх ресурси в Австрії (др. пол. XIX — поч. XX ст.). — Стаття.

В статті аналізуються основні австрійські законодавчі акти др. пол. XIX — поч. XX ст., що визначають право власності на природні об'єкти та їх ресурси.

**Ключові слова:** право власності, природні об'єкти.

## Аннотация

**Коритко Л. Я.** Развитие института права собственности на природные объекты и их ресурсы в Австрии (вт. пол. XIX — нач. XX в.). — Статья.

В статье анализируются основные австрийские законодательные акты вт. пол. XIX — нач. XX в., регулирующие право собственности на природные объекты и их ресурсы.

**Ключевые слова:** право собственности, природные объекты.

### Summary

*Korytko L. Ya.* Development of the institution of ownership of natural objects and their resources in Austria (the second part of the XIX — the beginning of the XX century). — Article.

The article the basic Austrian legislation of the second part of the XIX — the beginning of the XX century, that determine the ownership of natural objects and their resources.

*Keywords:* property rights, natural objects.

УДК 347.214.2(470)(091)“19/19”

*И. В. Розуменко*

### ИСТОРИОГРАФИЯ ВОПРОСА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА В РУССКОМ ПРАВЕ В ТРУДАХ УЧЕНЫХ XIX — НАЧАЛА XX СТ.

Научные исследования по вопросу недвижимости появились значительно позднее, чем недвижимость стала объектом гражданского оборота. Это естественно, поскольку категория «недвижимости» является сложным правовым институтом, требующим не только развитого торгового оборота, но и достаточно высокого уровня развития юридической техники.

В России ученые стали заниматься системным юридическим анализом института недвижимости (и, главным образом, такой ее составляющей, как земля) примерно с XIX века.

В XIX — начале XX в. интерес ученых к области землевладения расширился. Анализируя законы, они подчеркивали ограниченность движения земли в стране. Российская империя унаследовала от Московского царства полномочия контроля над недвижимостью. С течением времени полномочия были расширены и видоизменены. В результате основной земельной политики государства стало стеснение прав владельцев на землю. Ученые отмечали, что ограничения распоряжения недвижимостью реализовывались различными способами.

Особенностью российской юридической литературы о недвижимом имуществе на протяжении двух последних веков является то обстоятельство, что исследователи анализируют прежде всего юридические характеристики оборота земель. Обращение же к внутреннему анализу понятия недвижимости как системы, включающей помимо земли и иные элементы, можно встретить сравнительно нечасто.

Таким образом, основные правовые характеристики недвижимости, особенно в XIX в., можно встретить в трудах специалистов по земельному праву и только во вторую очередь в работах юристов, специализирующихся в области гражданского права [1, 154].

Фундаментальные исследования о правовой основе землевладения появились в первой половине XIX в. Исследователь М. Ф. Владимирский-Буданов, характеризуя земельное законопроизводство XVIII в., заметил, что оно не от-

личалось «уважением к историческим традициям» и сняло «с новых явлений права традиционную оболочку», задерживающую их дальнейшее развитие. Однако, как считал Владимирский-Буданов, «государство ввело массу новых ограничений, истекающих уже не из вотчинных прав государства, а из фискальных и политических целей» [2, 312].

Подобной точки зрения придерживался И. Е. Герман. В работе «История межевого законодательства» он подробно описал процедуру ведения крепостных дел (купли-продажи, залога недвижимости и т.д.) в Поместном приказе, а затем в Вотчинной коллегии. Автор пришел к выводу, что государственная политика первой половины XVIII в., постепенно менявшая структуру управления землевладением, была вызвана двумя причинами: борьбой со взяточничеством подьячих и необходимостью упорядочивания и увеличения пошлинного сбора с земельных сделок. Ученые полагали также, что сдерживающим фактором движения земли являлся родовой характер недвижимости [3, 408].

С точки зрения историка В. Якушкина, родовые отношения XVIII в. не являлись принципами государственной политики, а ограничения служебные «с прекращением поместной системы» и «с уничтожением обязательной службы» потеряли государственное значение. Однако, полагал исследователь, они не были полностью уничтожены в XVIII в., а сохранились как дворянские сословные привилегии.

В книге А. Лакиера «О вотчинах и поместьях» дан очерк развития понятий «вотчина» и «поместье» от киевского периода древнерусского государства до петровского времени включительно.

Общим правовым основаниям возникновения поземельной собственности, ее статусу, разновидностям и переходу в порядке наследования по древнерусскому праву посвящен труд О. Турчанинова «О поземельной собственности и наследстве в Древней Руси».

Основаниям приобретения права собственности на землю посвящен труд И. Энгельмана «О приобретении права собственности на землю по русскому праву». Значимость этой книги определяется тем, что в ней осуществлен гражданско-правовой подход к анализу земельной собственности, определены юридические способы приобретения права собственности на земельную недвижимость.

В 1884 г. вышла в свет работа Н. Ф. Блюменфельда «О формах землевладения Древней Руси», в которой исследованы истоки форм землевладения в русском праве, дана их экономическая и юридическая характеристика [1, 262].

Еще один выдающийся ученый С. В. Рождественский оценивал вотчинное право XVI в. как «систему мер, продукт зрелой законодательной мысли», упорядочивавший владение землей. Автор отмечал, что земельная политика представляла собой поиск удачных компромиссов, сочетающих интересы государства с интересами общества. Эти средства не были придуманы, а определялись «практикой частновладельческих отношений».

О такой форме движения земли, как пожалование, писал Н. Огановский. Он отмечал, что «экономическая сила» дворянского сословия базировалась глав-

ным образом на раздаче земель. Служебное значение дворянства стало сокращаться еще при первых Романовых. Передача земель в виде уплаты за службу постепенно теряла свое значение.

В. В. Святловский, напротив, полагал, что в Московском государстве купля-продажа земель была делом возможным, но довольно необычным. Он отмечал, что в эпоху феодальных отношений главная масса недвижимости была «иммобильна», так как оставалась в одних и тех же руках (феодала, монастыря, церкви) и переходила к новому собственнику только в силу естественной замены старого поколения новым. Таким образом, работы исследователей XIX — начала XX в. касались всевозможных вопросов, связанных с движением земли [4, 15].

Сословный характер русского общества и разный правовой режим сословной собственности, в том числе и недвижимой, вызвали появление работ, в которых анализируется природа различных видов сословной недвижимой собственности.

Так, например, во второй половине XIX в. появляются труды, посвященные исследованию недвижимого имущества, принадлежащего церкви и монастырям: В. Милютина «О недвижимых имуществах духовенства в России», М. И. Горчакова «О земельных владениях митрополитов, патриархов и Святейшего Синода. 988–1738 гг.», Н. Ростиславова «Опыт исследования об имуществах и доходах наших монастырей», И. Е. Германа «История межевого законодательства от уложения до генерального межевания (1649–1765 гг.)».

В частности, Н. Василенко в своем труде «Церковные недвижимые имущества в России» выделял такие виды церковного недвижимого имущества, как усадебные, к которым принадлежат места, находящиеся под церквями и собственными домами духовенства (гумна, сады, огороды), и полевые, к которым относятся пашни и сенокосы, отведенные к церквам на основании межевых законов, в установленной пропорции, для продовольствия причтов, или принадлежавшие церквам по прежним дачам.

Продажа таких земель была запрещена и допускалась лишь в особо уважительных случаях, когда продажа или обмен такой земли или ее части представляют существенные для церкви выгоды. Отчуждение церковных земель производится не иначе, как с особого каждый раз Высочайшего соизволения. Сумма, вырученная от продажи такой земли, обращается исключительно или на приобретение государственных процентных бумаг, или на покупку другой земли, взамен проданной [5, 431].

Анализ процессов движения земли осуществил К. П. Победоносцев. Изучив законодательство о купле-продаже, залоге, наследовании и передаче недвижимости в приданое. К. П. Победоносцев выявил экономические аспекты движения земли. Он отмечал, что значение, которое придавали недвижимости в обществе, зависело от состояния экономики. Победоносцев считал, что в России ценность земли долгое время определялась в связи с движимостью (хозяйственным инвентарем, орудиями труда). Меновая стоимость недвижимости стала устанавливаться в центральных районах страны лишь в середине XIX в. [6, 184].

Заметный вклад в дореволюционную правовую науку внесли книги об ограничениях права собственности на недвижимость, изданные В. И. Курдиновским «К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России» и «Об ограничениях права собственности на недвижимое имущество по закону (по русскому праву)» [1, 157].

Одной из самых фундаментальных работ дореволюционного времени стала книга Л. А. Кассо «Понятие залога в современном праве». Исследуя институт залога, автор уделил особое внимание залого недвижимости.

Кроме того, Л. А. Кассо написаны иные работы, посвященные анализу недвижимости по русскому праву: «Русское поземельное право» и «Здание на чужой земле» в которой исследован вопрос правового режима строения, возведенного на чужой земле, является ли данное строение недвижимостью. С точки зрения современных проблем интересна и попытка ответа на этот вопрос, совершенно актуальный и сегодня [7, 2].

Вопросам залоговых правоотношений вообще и ипотечных отношений в частности посвящена работа А. С. Звоницкого «О залоге по русскому праву».

Свою значимость сохраняют труды В. Б. Ельяшевича, в которых дана классификация современных автору мировых систем укрепления прав на недвижимое имущество. Кроме того, В. Б. Ельяшевич обращался к отдельным вопросам статуса недвижимости (зданий на чужой земле) и совершения сделок с недвижимым имуществом. Так автор выдвигал теорию, согласно которой строения, построенные на чужой земле, в силу обязательственного права необходимо считать вещами движимыми, а строения, построенные в силу вещного права на эту землю, — недвижимыми вещами [8, 83].

К работе В. Б. Ельяшевича примыкают труды И. А. Базанова «Вотчинный режим в России», «Происхождение современной ипотеки. Новейшие течения в вотчинном праве в связи с современным строем народного хозяйства» и А. Л. Фрейтег-Лоринговена «Материальное вотчинное право проекта Вотчинного устава», в которых анализируется русский законопроект, регулирующий вотчинное право, основанное на государственной системе регистрации сделок с недвижимостью [1, 204].

Значимость книги И. А. Покровского «Основные проблемы гражданского права» невозможно переоценить. Наряду с наиболее фундаментальными проблемами гражданского права И. А. Покровский обращает внимание на недвижимость.

Помимо своего практического значения, положение о недвижимости, выдвигаемые И. А. Покровским, имеет значение и с чисто теоретической стороны: оно содержит ограничение права собственности критерием наличного интереса собственника и, с этой точки зрения, составляет дальнейшее продолжение той мысли, на которой покоится запрещение шиканы.

Все эти как общие, так и специальные нормы, регулирующие право собственности на недвижимость, свидетельствуют о некоторой, несомненно, растущей и чрезвычайно важной тенденции права по отношению к недвижимости. Хотя исследование института недвижимости и его значения в гражданском

обороте ученый проводит в контексте вопросов собственности, прав на чужие вещи (гл. XI и XII), глубина и ценность высказанных при этом мыслей относительно правового режима недвижимости, принципов установления регистрационной системы сделок с недвижимостью не теряют своего значения до сегодняшнего дня [9, 311].

Анализируя землевладение, ученые предлагали в целом схожие, обобщающие характеристики, однако часто без ссылок на конкретные законы. Экономические аспекты рынка недвижимости затрагивались в трудах К. П. Победоносцева, В. В. Святловского, С. В. Рождественского и Ю. В. Готье и др. Однако, исследователей больше интересовали теоретические вопросы.

Анализ историографии по данной проблеме свидетельствует, что вопросы, касающиеся землевладения, остаются малоизученными и нуждаются в дальнейшем тщательном анализе. В условиях становления рыночной экономики значение договорных отношений в сфере торговли недвижимостью коренным образом меняется, поэтому изучение становления и развития данного института является важным аспектом при разработке современного договорного законодательства. Опыт истории законодательства о недвижимом имуществе необходимо учитывать при современном правовом регулировании, особенно в законодательской деятельности высших органов государственной власти.

### Литература

1. Скворцов О. Ю. Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте: учеб.-практ. пособие / О. Ю. Скворцов. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 368 с.
2. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. М.: Территория будущего, 2007. — 800 с.
3. Повицкая Т. Е. Правовое регулирование имущественных отношений в России во второй половине XVIII века / Т. Е. Повицкая. — М.: Зерцало-М, 2005 — 568 с.
4. Дорский Г. Ю. Правовое регулирование наследования объектов недвижимости в Российской империи: 30-е гг. XIX — начало XX ст.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Г. Ю. Дорский. СПб., 2006. — 157 с.
5. Василенко П. В. Церковные недвижимые имущества в России / Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона. — СПб., 1903.
6. Победоносцев К. П. Курс гражданского права / К. П. Победоносцев. — М., 2002. — 800 с.
7. Кассо Л. Здания на чужой земле / Л. Кассо, И. К. Голубев. — М.: Правоведение, 1905. — 40 с.
8. Ельяшевич В. Б. Продажа строений на чужой земле / В. Б. Ельяшевич, М. М. Винавер // Вестник гражданского права. — СПб., 1916. — № 1. — С. 64–90.
9. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М., 2009. — 352 с.

### Аннотация

**Розуменко И. В.** Историография вопроса правового регулирования недвижимого имущества в русском праве в трудах ученых XIX — начала XX века. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению историографии правового регулирования вопросов, касающихся землевладения в трудах ученых XIX — начала XX века. Проводится анализ процессов движения земли на основе изучения законодательства о купле-продаже, залоге, наследовании и передаче недвижимости. Исследование института недвижимости и его значения в гражданском обороте в контексте вопросов собственности и правового режима недвижимости.

**Ключевые слова:** недвижимость, землевладение, недвижимое имущество, право собственности, вотчинное право.

## Анотація

*Розуменко І. В.* Історіографія питання правового регулювання нерухомого майна в руському праві в працях учених XIX — початку XX століття. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду історіографії правового регулювання питань, що стосуються землеволодіння в працях учених XIX — початку XX століття. Проводиться аналіз процесів руху землі на основі вивчення законодавства про купівлю-продаж, застави, спадкування та передачі нерухомості. Дослідження інституту нерухомості та його значення в цивільному обороті в контексті питань власності та правового режиму нерухомості.

*Ключові слова:* нерухомість, землеволодіння, нерухоме майно, право власності, вотчинне право.

## Summary

*Rozumenko I. V.* The historiography of the issue of legal regulation of real estate in Russian law in the work of scientists of the nineteenth — early twentieth century. — Article.

The article is devoted the historiography of the legal regulation of issues relating to land tenure in the writings of scientists of the XIX — XX century. The analysis of processes of motion of the earth through the study of the legislation on the sale, mortgage, inheritance and property transfer. Real Estate Institute of Study and its importance in public circulation in the context of the legal regime of property and real estate.

*Keywords:* real estate, estates, property rights, patrimonial law.

УДК 340.15:344.13/14(477)“1919/1921”

*В. А. Шершенькова*

**РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВІЙСЬКОВІ ЗЛОЧИНИ  
В УСРР В 1919–1921 РОКАХ**

Дослідження історії становлення та розвитку законодавства про військові злочини в Україні, особливо радянського періоду, є необхідним і важливим, оскільки врахування історичного досвіду може стати корисним при реформуванні сучасного кримінального законодавства. Ці дослідження мають відношення і до процесу реформування в нашій державі судової системи, реформування армії. Актуальність обраної тематики також пов'язана із тим, що обороноздатність держави є одним з найважливіших її завдань, а без стабільності і військової дисципліни в армії досягнути цієї мети практично неможливо.

Відомо, що військова служба будується на суворому дотриманні військової дисципліни, виконання військовослужбовцями своїх службових обов'язків, що в свою чергу безпосередньо впливає на боєздатність армії.

Військові злочини представляють небезпеку і порушують статутний правопорядок в Збройних Силах України. У зв'язку з цим актуальним є дослідження правового закріплення в законодавстві поняття та суті військових злочинів і покарання за них, які застосовувалися в кримінальному законодавстві в УСРР.

Звернемося до огляду даних судової статистики про роботу місцевих та апеляційних судів України в 2006–2010 рр. Упродовж 2006–2010 рр. у військових судах перебувало на розгляді 2486 кримінальних справ. Починаючи з 2007 р.

спостерігається стала тенденція зростання кількості злочинів проти встановлення порядку несення військової служби (військові злочини).

Так, у 2006 р. було розглянуто 533 кримінальних справи, у 2007 р. — 487, у 2008 р. — 441, у 2009 р. — 486, а у 2010 р. — 539 [1, 6–7].

Окремі аспекти даного питання досліджувалися в працях таких науковців, як Х. М. Ахметшин, З. О. Ашитов, Б. М. Бабій, А. Г. Горний, О. Д. Максимова, М. Н. Нікітченко, С. П. Черкасов, А. Н. Чуватін, В. М. Чхиквадзе та інші.

У зв'язку з недостатньою кількістю наукових досліджень обраної теми, виникає потреба у вивченні законодавства про військові злочини радянської України, а саме у період встановлення радянської влади в 1919–1921 рр.

Досліджуваний період в історії держави та права України названо «воєнним комунізмом», який був застосований радянською владою на території Росії та інших радянських республік у період з 1918 по 1921 р.

Політика «воєнного комунізму» в УСРР запроваджувалася з певними відмінностями і розпочалася значно пізніше порівняно з іншими радянськими республіками. В 1919 р. всі закони і розпорядження Центральної Ради, Гетьманату, Директорії та білогвардійців було скасовано і поширено чинність багатьох декретів РРФСР.

Вже у березні 1919 р. республіку проголошено «озброєним табором» та були запроваджені основні принципи «воєнного комунізму», а згодом узято курс на мілітаризацію радянських установ.

Ця політика не могла бути тривалою, оскільки економічна розруха і загроза голоду змусили більшовицьке керівництво вже в 1921 р. відмовитися від «воєнного комунізму» і запровадити нову економічну політику (неп) [2, 501–502].

Ще в 1917 р. піднімалося питання щодо доцільності створення постійної діючої армії. У грудні цього ж року на Загалоноармійському з'їзді з демобілізації армії більшість дійшла згоди за створення міліційних збройних сил [3, 89].

Вже на VIII з'їзді РКП (б), який відбувся 18–23 березня 1919 р. в порядку денний було включено питання щодо воєнного стану і воєнної політики, а також розглянуто питання щодо створення армії на основі обов'язкового навчання робітників і селян. В результаті чого, навчання поступово повинно було привести до формування міліційної армії [4, 94–96].

Так, 4 липня цього ж року виданий Лист ЦК РКП (б) у зв'язку з необхідністю реалізації рішень VIII з'їзду РКП (б) з воєнних питань. У листі закріплені основні принципи воєнної політики і визначені практичні заходи направлені на зміцнення Червоної армії [5, 186].

Уже на наступний рік, на IX з'їзді РКП (б) (29 березня — 5 квітня 1920 р.), на розгляд виносилося питання щодо переходу до міліційної системи в армії. Відповідно до проекту, це армія, в якій до військових частин в мирний час входила невелика кількість кадрів командного складу, а весь рядовий склад і частина командного складу приписувалися до військових частин, які знаходилися в районі їх місця проживання. Вони проходили військову службу шляхом проходження навчальних зборів протягом якогось часу [6, 265–267].

Ще 27 грудня 1918 р. Тимчасовий Робітничо-Селянський уряд прийняв Положення про Робітничо-Селянську Червону Армію України, де вказувалося, що всі громадяни від 18 до 40 років беруться на облік і зараховуються в резерв армії, які могли бути мобілізовані за роками особливим наказом військового відділу [7, 259–260].

В третьому розділі ст. 29 Конституції УСРР 1919 р. також закріплювався принцип загальновійськового обов'язку [8, 365].

Слід зазначити, що на безпосередній розвиток законодавства про військові злочини в УСРР мав велике значення розвиток кримінального законодавства взагалі. На розвиток радянського кримінального права мали вплив «Керівні початки по кримінальному праву РРФСР», які видані у грудні 1919 р., а 4 серпня 1920 р. вони офіційно були введені в дію на території УСРР і набули повсюдного застосування. В них сформульовані основні принципи радянського кримінального права, які лягли в основу перших кримінальних кодексів радянських республік [7, 321–322].

Ще у 1919 р. кодифікаційна комісія Народного комісаріату юстиції УСРР підготувала проект деяких розділів Кримінального кодексу УСРР (загальна частина та розділи «Про державних злочинців», «Про злочини проти особи» та «Про службові злочини»).

У наступному році кодифікаційні роботи у галузі кримінального права продовжувались і в тому числі щодо військових злочинів. У зв'язку з розпалом громадянської війни їх вдалося завершити лише в наступний історичний період [7, 325].

Також варто було б розглянути ті декрети та постанови, які відіграли важливу роль у регулюванні суспільних відносин щодо військових злочинів. Найбільш розповсюджуваним військовим злочином того часу було дезертирство.

Відповідно до Декрету від 3 березня 1919 р. «Про міри боротьби з дезертирством» на всі установи і організації Радянської Республіки було покладено обов'язок щодо спостереження за відношенням співробітників установ до відбування військової повинності. Місцеві військові комісаріати, міліція, волосні і сільські виконавчі комітети та домові комітети зобов'язані були впроваджувати в життя всі декрети та постанови, що стосувалися боротьби з дезертирством. За переховування дезертирів посадові особи притягувалися до кримінальної відповідальності у вигляді позбавлення волі строком до 5 років з обов'язковими примусовими роботами або без примусових робіт. Також посадові особи, які неналежно виконували заходи щодо боротьби з дезертирством, підлягали кримінальній відповідальності у вигляді звільнення з посади або позбавлення волі строком до 3 років. Цивільні особи, які переховували осіб, які самовільно залишили місце військової служби, також підлягали кримінальному покаранню у вигляді позбавлення волі строком до 5 років [9, 124–125].

В числі інших кримінальних покарань до дезертирів застосовувалися: конфіскація майна (повна або часткова); позбавлення земельної ділянки (всієї ділянки або її частини; на певний строк або безстроково). Це право надавалося революційним трибуналам, а там, де вони були відсутні, губернським комісіям по

боротьбі з дезертирством. Сім'ї дезертирів, які їх приховували, виконували роботи в господарствах червоноармійців, якщо ж вони відмовлялися виконувати ці ж роботи, їх арештовували і віддавали до суду. Також на сім'ї дезертирів, які приховували злочинців, накладалися грошові штрафи. Якщо місцеве населення переховувало дезертирів, то губернські комісії по боротьбі з дезертирством мали право накладати штрафи на цілі волості, села за круговою порукою всього населення або призначати для них примусові громадські роботи. Посадові особи, які переховували мобілізованих і дезертирів, підлягали найтяжчим покаранням, аж до смертної кари (розстріл) [10, 326–327].

20 листопада 1919 р. декретом ВЦВК затверджено Положення про революційні військові трибунали. Відповідно до нього, самовільне залишення військової служби вважалося спеціальним військовим злочином і полягало у злісному дезертирстві з військових підрозділів та самовільному залишенні поля бою [11, 586].

Що стосується суб'єктів військових злочинів, то відповідно до декрету ВЦВК 1919 р., ними були військовослужбовці і військовозобов'язані запасу під час проходження ними військової служби. До військових злочинів за декретом відносилися: невиконання бойового наказу; перехід на бік ворога; самовільне залишення поля бою; порушення правил караульної служби в районі бойових дій армії; дезертирство; навмисне пошкодження спеціальних військових споруд та викрадення, пошкодження або знищення військового майна [11, 587].

Уже 11 грудня 1919 р. Рада Робітничо-Селянської оборони постановила внести зміни в декрет «Про міри викорінювання дезертирства» від 3 червня 1919 р. і надати всім комісіям в боротьбі з дезертирством право притягнення до відповідальності осіб, які переховують дезертирів [12, 595].

Радою Робітничо-Селянської оборони прийнято постанову від 13 грудня 1919 р., відповідно до якої губернським комісіям по боротьбі з дезертирством тимчасово надано права революційних трибуналів у справах про дезертирство [13, 572].

7 лютого 1920 р. набула чинності постанова Ради Робітничо-Селянської оборони, за якою польовим комісіям по боротьбі з дезертирством надавалося право накладення штрафів на осіб, які переховували дезертирів [14, 52].

З прийняттям декрету ВЦВК «Про революційні трибунали» від 18 березня 1920 р. були внесені зміни до декретів ВЦВК «Про революційні трибунали» від 12 квітня 1919 р. і Положення про революційні воєнні трибунали від 20 листопада 1919 р. Нове положення визначало (ст. 2), що справи дезертирів і осіб, які їх переховували, пособників та підбурювачів, вважалися злісними, вони навіть не підлягали оскарженню [15, 110].

До революційного трибуналу передавалися справи осіб, які вчиняли один з наступних військових злочинів: втеча з частини під час бою; втеча з частини після наказу про відправку на фронт; вчинення опору при затриманні; викрадення при втечі обмундирування, зброї і спорядження; дезертири з числа осіб командного складу; втеча до ворога; об'єднання дезертирів в озброєні банди; приховувачі, діючі організованою групою; виготовлення і розповсюдження

фальшивих військових документів; переховування дезертирів з корисливою метою; умисне приховування або пособництво дезертирству з боку посадових осіб [16, 125–126].

Переглянувши архівні матеріали, можна дійти висновків: 1) у досліджуваній період найбільш розповсюдженим видом військових злочинів було дезертирство; 2) за дезертирство військові трибунали призначали такі види покарань: смертну кару (розстріл), позбавлення волі, примусові роботи, штраф, направлення в штрафний батальйон; 3) враховуючи, обстановку, в якій здійснювалися ці військові злочини, покарання застосовували умовно і дезертирів відправляли в одну з діючих частин Червоної армії на фронт [17, 45, 55].

Уже на початку 1921 р. було відмінено дію попередніх декретів та постанов. Декрет встановлював виключний судовий порядок розгляду справ про дезертирство, осіб, які їх переховували, пособників і підбурювачів. Також декрет визначав перелік справ, які розглядалися революційними військовими трибуналами фронтів, армії і округів, до них віднесено: дезертирство в бойовій обстановці; дезертирство осіб командного складу; дезертирство та участь в озброєних бандах; переховування, пособництво дезертирам чи підбурювання з боку відповідальних посадових осіб; участь у злочинних групах, які виготовляють та розповсюджують фальшиві військові документи [18, 70].

Таким чином, слід відзначити, що в період з 1919 по 1921 р., який є досить складним і недовготривалим, в УСРР поступово складалася система правових норм, яка регулювала відносини, що виникали у разі вчинення військових злочинів. Уже в 1919 р. Кодифікаційною комісією Нарком'юсту УСРР було підготовлено проект деяких розділів Кримінального кодексу, але з початком громадянської війни його вдалося завершити лише в наступний історичний період. Але незважаючи на ту ситуацію, яка відбувалася в країні, дані відносини були досить врегульовані декретами і постановами Ради Робітничо-Селянської оборони РСФСР та декретами Всеросійського Центрального Виконавчого комітету. В цих нормативно-правових актах було визначено коло суб'єктів, які могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за військові злочини, а також закріплювалися види військових злочинів і система покарань за ці злочини.

### Література

1. Огляд даних судової статистики про роботу місцевих та апеляційних судів України в 2006–2010 рр. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://court.gov.ua/sudova\\_statystyka](http://court.gov.ua/sudova_statystyka).
2. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 1. А—Г/ редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 1998. — 672 с.
3. Максимова О. Д. Законотворчество в Советской России в 1917–1922 годах : монография / О. Д. Максимова. — М. : Зерцало М, 2011. — 404 с.
4. Восьмой съезд РКП (б) 18–23 марта 1919 г. // Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). — 9-е изд., доп. и испр. — М. : Политиздат, 1983. — Т. 2 : 1917–1922.
5. Циркулярное письмо ЦК РКП (б) всем членам партии об укреплении Красной армии 14 июля 1919 г. // Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). — 9-е изд., доп. и испр. — М. : Политиздат, 1983. — Т. 2 : 1917–1922.

6. IX з'їзд РКП (б) 29 марта – 5 апреля 1920 г. // Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1986). – 9-е изд., доп. и испр. – М.: Политиздат, 1983. – Т. 2: 1917–1922.
7. Історія держави і права Української РСР. В 2 т. Т. 1. 1917–1937 рр. / редкол.: В. М. Бабія [та ін.]. – К.: Наук. думка, 1967. – 669 с.
8. Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки 1919 року // Хрестоматія з історії держави і права України: навч. посіб. для студ. юрид. спец. виш. навч. закл. / за ред. В. Д. Гончаренка; уклад.: В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький. – 3-тє вид., переробл. – К.: Ін Юрс, 2003.
9. О мерах борьбы с дезертирством: Декрет Совета Рабоче-Крестьянской обороны РСФСР от 3 марта 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 9. – Ст. 94.
10. О мерах к искоренению дезертирства: Декрет Совета Рабоче-Крестьянской обороны РСФСР от 3 июня 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 25. – Ст. 287.
11. Положение о Революционных Военных трибуналах: Декрет Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета от 20 нояб. 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 58. – Ст. 549.
12. О предоставлении уездным комиссиям по борьбе с дезертирством права наложения на укрывателей дезертиров: постановление Совета Рабоче-Крестьянской обороны РСФСР от 13 дек. 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 67. – Ст. 594.
13. О предоставлении Губернским Комиссиям по борьбе с дезертирством права революционных Трибуналов, в отношении вынесения приговоров по делам дезертиров: постановление Совета Рабоче-Крестьянской обороны РСФСР от 13 дек. 1919 года // СУ РСФСР. – 1919. – № 62. – Ст. 573.
14. О предоставлении Полевым Комиссиям по борьбе с дезертирством права наложения взысканий на укрывателей дезертиров: постановление Совета Рабоче-Крестьянской обороны РСФСР от 7 февр. 1920 года // СУ РСФСР. – 1920. – № 9. – Ст. 58.
15. О революционных трибуналах: Декрет ВЦИК от 18 марта 1920 года // СУ РСФСР. – 1920. – № 22–23. – Ст. 115.
16. О комиссиях по борьбе с дезертирством: Декрет ВЦИК от 8 апр. 1920 года // СУ РСФСР. – 1920. – № 26. – Ст. 126.
17. Накази та копії вироків Одеського губкомдезертир // Центральний державний архів вищих органів влади та управління України в м. Києві. – Ф. 17. – Оп. 1. – Спр. 27. – 82 арк.
18. О борьбе с дезертирством: Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 2 февр. 1921 года // СУ РСФСР. – 1921. – № 9. – Ст. 61.

### Анотація

*Шершенькова В. А.* Розвиток законодавства про військові злочини в УСРР в 1919–1921 роках. — Стаття.

У статті розглядається процес становлення та розвитку законодавства про військові злочини в УСРР у 1919–1921 роках. Характеризується обстановка, яка відбувалася в УСРР, що вплинуло на створення системи норми щодо військових злочинів, а також визначена система покарань, яка застосовувалася за ці види злочинів. Було переглянуто архівні матеріали, які дали змогу більш детально дослідити цей період.

*Ключові слова:* УСРР, армія, загальновійськовий обов'язок, військовий злочин, покарання.

### Аннотация

*Шершенькова В. А.* Развитие законодательства о военных преступлениях в УСРР в 1919–1921 годах. — Статья.

В статье рассматривается процесс становления и развития законодательства о военных преступлениях в УСРР в 1919–1921 годах. Характеризуется обстановка, которая происходила в УСРР, что повлияло на создание системы нормы относительно военных преступлений, а также определенная система наказаний, которая применялась за эти виды преступлений. Были просмотрены архивные материалы, которые дали возможность более детально исследовать этот период.

*Ключевые слова:* УСРР, армия, общевойсковая обязанность, военное преступление, наказание.

### Summary

*Shershenkova V. A.* Development of legislation about soldiery crimes in soviet Ukraine in 1919–1921 years. — Article.

In the article, becoming and development of legislation is examined about soldiery crimes in UKRAINE in 1919–1921 years. A situation which took place in UKRAINE is characterized, that influenced on creation of the system of norm in relation to soldiery crimes, and also certain system of punishments, which was used for these types of crimes. The archived materials which enabled more in detail to probe this period were revised.

*Keywords:* soviet Ukraine, army, common to all arm duty, military crime, punishment.

УДК 343.161(477)“1941/45”: 344.32

*Т. В. Лисакова*

### РОЛЬ ВІЙСЬКОВИХ ТРИБУНАЛІВ У РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ НАРОДНИХ ЗАСІДАТЕЛІВ РАДЯНСЬКОЇ УКРАЇНИ В РОКИ ВЕЛИКОЇ ВІТЧИЗНЯНОЇ ВІЙНИ (1941–1945)

З початком Великої Вітчизняної війни провідну роль в розвитку інституту народних засідателів відігравали військові трибунали. Військові трибунали Радянської Армії і Флоту організовувались: при округах (флотах), фронтах, арміях (флотиліях), при корпусах і дивізіях. Військові трибунали військ НКВС будувались за територіальним принципом — окружні й обласні військові трибунали військ НКВС [4, 112].

У зв'язку з цим стало необхідним поширювати Положення про військові трибунали, що діють лише в районах військових дій і місцевостях, оголошених на військовому положенні, і на весь залізничний транспорт. Це було зроблено Указом Президії Верховної Ради СРСР від 5 квітня 1943 р. Указ вимагав введення військової дисципліни на всіх залізницях [5, 54].

По відповідальності за злочини по службі працівники залізничного транспорту були прирівняні до військовослужбовців. Справи про вчинені ними злочини розглядалися у військових трибуналах залізниць за законами військового часу. З 9 травня 1943 р. дія цього указу була поширена і на весь морський і річковий транспорт.

В період Великої Вітчизняної війни систему військових трибуналів складала: 1) військові трибунали Радянської Армії; 2) військові трибунали Військово-Морського Флоту; 3) військові трибунали військ НКВС; 4) військові трибунали залізничного і водного транспорту. Крім того, в прифронтовій смузі ряд обласних судів були реорганізовані у військові трибунали із залишенням у їх веденні народних комісаріатів юстиції союзних республік [4, 110].

Слід зазначити, що загальна судова система, за винятком вищезгаданих випадків тимчасового перетворення деяких народних судів та обласних судів у військові трибунали, залишалася незмінною. Також не мінялися і основні принципи її побудови.

Штати військових трибуналів затверджувались спільними наказами народного комісара юстиції СРСР і народного комісара оборони чи народного комісара Військово-Морського Флоту СРСР.

Умови військового часу викликали необхідність в деякій зміні порядку комплектування особового складу військових трибуналів в порівнянні з тим порядком, який був встановлений в Законі про судовий устрій СРСР, союзних і автономних республік. Приписка до військових трибуналів на військовий час на посаду заступників голови і членів військових трибуналів проводилася з числа військово-юридичного складу запасу, а на посаді голів трибуналів — з числа кадрових працівників військових трибуналів. Військові трибунали розглядали справи у складі трьох постійних членів трибуналу, що зажадало від Народного комісаріату юстиції СРСР підбору великого числа працівників юстиції на посади голів, заступників, членів трибуналів і створення значного резерву з осіб, що мають високу юридичну кваліфікацію і здатних виконувати складні завдання здійснення соціалістичного правосуддя в умовах війни [1, 544].

Надалі військові трибунали, як загальне правило, здійснювали правосуддя за участю народних засідателів. У Народному комісаріаті юстиції СРСР виникли також питання, що вимагали дачі загальних вказівок, наприклад: 23 жовтня 1941 р. народний комісар юстиції Союзу РСР вказав, що у разі потреби до виборів народних засідателів і неможливості по обставинах військового часу скликання сесій верховних рад і обласних рад депутатів трудящих — довибори народних засідателів проводити через президії верховних рад союзних і автономних республік і через виконавські комітети рад депутатів трудящих [3, 341].

Відповідно до Указу Президії Верховної Ради СРСР від 27 червня 1942 р. кандидати, виділені в установленому порядку для участі в судових засіданнях військових трибуналів залізничного транспорту як народні засідателі, підлягали згідно з роз'ясненням народного комісара юстиції СРСР і народного комісара шляхів сполучення СРСР від 3 листопада 1943 р. затвердженню наказом начальника дороги [3, 342].

Кандидати в народні засідателі, виділені для участі в судових засіданнях військових трибуналів на водному транспорті, згідно з роз'ясненням народного комісара юстиції СРСР і народного комісара річкового флоту СРСР від 3 листопада 1943 р. підлягали затвердженню наказом начальників пароплавств [3, 343].

Залучення народних засідателів до складу військових трибуналів здійснювалося на правових засадах Конституції УРСР 1937 року та прийнятого 16 серпня 1938 р. Верховною Радою СРСР Закону «Про судоустрій СРСР, союзних і автономних республік».

Так, згідно зі ст. 55 Закону про судоустрій народні засідателі для участі в судових засіданнях лінійних судів залізничного й водного транспорту обиралися обласними радами депутатів трудящих й верховними радами союзних й автономних республік. Положення про військові трибунали від 22 червня 1941 р. встановлювало, що трибунали розглядають справи в складі трьох постійних

членів трибуналів. Слід зазначити, що згідно з Наказом Президії Верховної Ради СРСР від 27 червня 1942 р. військові трибунали залізничного й водного транспорту мали право залучати до розгляду справ засідателів з числа робітників транспорту [2, 61].

У зв'язку з цим на суспільні організації залізничних шляхів й водних басейнів був покладений обов'язок виділення з кращих транспортників засідателів для участі в засіданнях трибуналів. Списки засідателів оголошувалися в наказах по дорозі (басейну). Також закон встановлював, що засідателі за наявним в суді списком в порядку черговості залучалися до участі в судових засіданнях кожен не більше ніж 10 днів на рік. До складу суду, що розглядав справу із засідателями, входили постійний суддя й два засідателі. Закон встановлював, що засідателі користуються всіма правами судді. Як і суддя, народний засідатель міг бути звільнений від виконання обов'язків тільки, якщо по відношенню до нього був винесений вирок суду або по відклику своїх виборців, а засідатель військового трибуналу — по відклику організації, яка його обрала для роботи в трибуналі [2, 63].

У судовому засіданні засідателю надавалася можливість вирішувати всі питання, які виникали при розгляді справи, знайомитися зі всіма матеріалами справи. При винесенні судом рішень у справі (визначень, вироків) засідатель мав такі ж права, як і суддя. Тому всі рішення приймалися судом за більшістю голосів, враховуючи це, вирішальним було те рішення, за яке було подано два голоси, хоча б тільки двома засідателями проти думки постійного судді. Засідатель, у випадках коли він був не згоден з думкою двох членів складу, мав право заявити письмово свою особливу думку, яка залучалася до справи й могла бути врахована при перевірці справи в вищій судовій інстанції [2, 64].

Однак, маючи всі права судді, засідатель з моменту призиву його до виконання суддівських обов'язків нарівні з суддею ніс й відповідальність за всі незаконні дії, які могли призвести до неправомірного вирішення справи.

Народні засідателі під керівництвом трибуналу проводили серед робітників транспорту бесіди по окремих питаннях діючого законодавства, повідомляли про найважливіші, з точки зору попередження правопорушень, судові процеси.

Військові трибунали (як і лінійні суди) цивільних справ, тобто суперечок, витікаючих з цивільних правовідносин, не розглядали. Виключення з правила про підсудність трибуналів транспорту складали тільки справи про крадіжку у приватних осіб, що здійснювалися на транспорті. Ці справи для прискорення їх розгляду передавалися до народних судів [5, 118].

Справи у військових трибуналах транспорту (як і в транспортних лінійних судах) розглядалися у складі головуєчого — члена трибуналу — і двох засідателів. Виключення було встановлено тільки для справ про контрреволюційні злочини, які розглядалися у складі трьох членів трибуналу.

Суддею у справі не могла бути особа, яка була потерпілим, його родичем або родичем обвинуваченого, або брала участь в суді як свідок, експерт, слідчий. Взагалі на міг бути суддею або народним засідателем у даній справі той, хто був зацікавлений в результаті справи, а тому не міг проявити безсторонності.

Коли суддя або засідатель, ознайомлюючись зі справою або на початку судового засідання, встановлював, що по вказаних вище обставинах він не міг брати участь в справі, він сам повинен був усунути себе від участі. Якщо він не зробив цього сам, він міг бути підданий відведенню за заявою будь-якої із сторін. Коли відведення заявлялося проти одного судді, питання вирішувалося двома останніми, і якщо один з них висловлюється за відведення, суддя відводився. Відведення проти всього складу вирішувалося цим же складом за більшістю голосів [2, 67].

На розгляд військових трибуналів Радянської Армії і Флоту передавались всі справи про злочини, вчинені військовослужбовцями, а також про зраду Батьківщини, шпигунство, терористичні акти і диверсії. Інші злочини, віднесені до підсудності військових трибуналів Указом «Про воєнний стан», розглядались військовими трибуналами військ НКВС, а якщо були вчинені на залізницях і водних шляхах сполучення, — військовими трибуналами залізниць і водних шляхів сполучення. Останнім передавались також всі справи, підсудні лінійним судам.

На території Української РСР на початку Великої Вітчизняної війни діяли військові трибунали Київського особливого і Харківського військових округів, Південно-Західного і Південного фронтів. Останнім підлягали військові трибунали діючих армій, корпусів і дивізій, а військовим трибуналам Київського і Харківського округів — військові трибунали гарнізонів і військових з'єднань, що формувались.

Наприкінці 1941 р. вся територія України була окупована німецькими військами. Судові органи Української РСР — народні й обласні суди, Верховний Суд УРСР — припинили свою роботу. Військовозобов'язані судді призивались до лав Радянської Армії, де з них формувались військові трибунали, а всі останні евакуювались у тил [3, 252].

З середини 1943 р., після розгрому німецько-фашистських військ під Курськом і Орлом, почалося масове вигнання окупантів з території України. В липні 1943 р. Верховний Суд, Народний комісаріат юстиції і Прокуратура УРСР разом з урядом УРСР і ЦК КП(б)У перебазувались ближче до Харкова у м. Дворічна Харківської обл., а в серпні — до визволеного Радянською Армією Харкова. Звідти 7 листопада 1943 р. до Києва прибули оперативні групи всіх центральних урядових установ УРСР. 5 січня 1944 р. ЦК КП(б)У, Президія Верховної Ради, Рада Народних Комісарів УРСР, всі наркомати та інші центральні установи республіки, в тому числі Наркомат юстиції УРСР, Верховний Суд і Прокуратура УРСР, назавжди повернулись до столиці України м. Києва [3, 248].

Зразу ж після звільнення Радянської України від німецьких загарбників обласні і народні суди відновили свою роботу, комплектуючись з евакуйованих суддів та резерву, створеного НКЮ УРСР шляхом підготовки судових працівників на тримісячних юридичних курсах у Саратові (до звільнення території УРСР), а пізніше в Харкові з українців — інвалідів Вітчизняної війни. По мірі звільнення областей УРСР від німецьких окупантів у кожній з них відновлю-

вав роботу військовий трибунал військ НКВС. На залізницях і водних шляхах сполучення (Азово-Чорноморський, Дніпровський басейни) відновили роботу військові трибунали залізничного і водного транспорту [1, 349].

У листопаді 1944 р. Радянська Армія звільнила від німецько-угорських окупантів Закарпатську Україну. 26 листопада 1944 р. в Мукачеві відбувся з'їзд народних комітетів Закарпатської України, який прийняв Маніфест про возз'єднання Закарпатської України з Радянською Україною. В усіх 13 округах Закарпатської України, а також у містах Ужгороді і Мукачеві на зразок судових органів Радянської України були створені народні суди, а в центрі краю — Ужгороді — Вищий народний Суд та спеціальний суд як суд лише першої інстанції для розгляду справ про злочини німецько-угорських окупантів проти народу Закарпатської України [4, 229].

Народні судді призначались Народною Радою на подання уповноваженого в справах юстиції з юристів, а народні засідателі обирались на загальних зборах робітників, службовців і селян.

Вищий народний суд був судом другої касаційної інстанції для народних судів і судом першої інстанції для розгляду важливих кримінальних справ, що передавались на його розгляд Головним прокурором Закарпатської України або за постановою Народної Ради. Справи в ньому розглядались по першій інстанції у складі одного постійного судді і двох народних засідателів (останні призначались Народною Радою за поданням її уповноваженого в справах юстиції), а скарги і протести на вироки і рішення народних судів — судовими колегіями Вищого народного суду в складі трьох членів. Спеціальний суд Закарпатської України підсудні йому справи розглядав у складі п'яти осіб: трьох постійних суддів і двох народних засідателів, які теж призначались Народною Радою [5, 217].

Із звільненням тимчасово окупованої території Нарком'юст проводив роботу по відновленню судів і допоміжних до них органів, забезпеченню їх кадрами, приміщенням, законодавчим матеріалом, створенню необхідних умов для нормальної роботи.

Таким чином, правове положення народних засідателів у складі військових трибуналів в роки Великої Вітчизняної війни зазнало значних змін. Це стосувалося насамперед якісного складу, порядку добору, повноважень та процедури участі народних засідателів у справах, що розглядали військові трибунали.

### Література

1. Бабий Б. М. История государства и права Украинской ССР / Б. М. Бабий, А. П. Таранов, В. М. Терлецкий. — К. : Наук. думка, 1976. — 759 с.
2. Иодковский И. А. В помощь народному заседателю военного трибунала транспорта / И. А. Иодковский. — М. : Юрид. изд-во НКЮ СРСР, 1945. — 95 с.
3. Кожевников М. В. История Советского суда (1917–1956) / М. В. Кожевников. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1957. — 371 с.
4. Суело Д. С. История суда Радянської України (1917–1967 рр.) / Д. С. Суело ; Київ. ун-т. — К., 1968. — 567 с.
5. Справочник по законодательству для судебного-прокурорских работников / под ред. Ген. прокурора СССР Г. Н. Сафонова. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1949. — 641 с.

### Анотація

*Лисакова Т. В.* Роль військових трибуналів у розвитку інституту народних засідателів Радянської України в роки Великої Вітчизняної війни (1941–1945). — Стаття.

Стаття присвячена розвитку інституту народних засідателів на території Радянської України в роки Великої Вітчизняної війни в період з 1941 по 1945 р. Проаналізовані правові засади діяльності народних засідателів у складі військових трибуналів.

*Ключові слова:* Велика Вітчизняна війна, військові революційні трибунали, інститут народних засідателів, трибунал.

### Аннотация

*Лисакова Т. В.* Роль военных трибуналов в развитии института народных заседателей Советской Украины в годы Великой Отечественной войны (1941–1945). — Статья.

Статья посвящена развитию института народных заседателей на территории Советской Украины в годы Великой Отечественной войны в период с 1941 по 1945 г. Проанализированы правовые основы деятельности народных заседателей в составе военных трибуналов.

*Ключевые слова:* Великая Отечественная война, военные революционные трибуналы, институт народных заседателей, трибунал.

### Summary

*Lysakova T. V.* Role of military commissions in development of institute of folk assessors of Soviet Ukraine in the years of Great Patriotic War (1941–1945). — Article.

The article is devoted development of institute of folk assessors on territory of Soviet Ukraine in the years of Great Patriotic war in a period from 1941 to 1945. Legal frameworks of activity of folk assessors are analysed in composition military commissions.

*Keywords:* Great Patriotic war, military revolutionary commissions, institute of folk assessors, tribunal

УДК 343.135

*Г. Р. Крет*

### ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ У ВІТЧИЗНЯНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ДО ПОЧАТКУ ХХ СТОЛІТТЯ

Одним із завдань кримінального судочинства є правильне застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний. Досягнення даної мети нерідко пов'язане з перешкодами об'єктивного і суб'єктивного характеру. На жаль, у практиці органів досудового розслідування зустрічаються випадки недбалості дізнавачів і слідчих, яка проявляється в неповноті розслідування, порушенні процесуальних норм, неконкретності пред'явленого обвинувачення, невідповідності пред'явленого обвинувачення змісту обвинувального висновку, безпідставності прийняття окремих процесуальних рішень. Це, в свою чергу, з одного боку, дозволяє окремим злочинцям уникнути покарання і відповідно обмежує права та законні інтереси осіб, які постраждали від злочину, а з іншого — може призвести до грубого порушення презумпції невинуватості особи. За та-

ких умов актуальними є питання реформування інституту закриття кримінальної справи, оскільки недосконалість його правової регламентації порушує процесуальні права сторін, завдаючи шкоди інтересам правосуддя.

Проблемні питання інституту закриття кримінальної справи у своїх працях досліджували багато науковців: Ю. П. Аленін, Ю. В. Баулін, С. М. Благодир, Г. І. Глобенко, Ю. М. Грошевий, О. А. Губська, І. Г. Івасюк, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, Д. П. Письменний, М. Є. Шумило та інші. Однак серед вчених існує чимало суперечностей щодо визначення поняття та ознак, правової природи цього інституту, системи підстав для закриття кримінальних справ, їх сутності та порядку застосування. А дослідження та вирішення цих проблемних питань, як видається, є неможливим без історико-правового огляду становлення та розвитку інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві. Це зумовлено певною необхідністю прийняття до уваги законодавчого досвіду попередніх етапів, врахування правового наступництва, з метою більш ефективного його застосування для забезпечення прав, свобод та законних інтересів особи у кримінальному процесі.

Викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети статті дослідження виникнення та розвитку інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві до початку ХХ століття.

Аналіз історичних пам'яток кримінально-процесуального права, що діяли на території нашої держави, дає підстави говорити про те, що необхідність закріплення досліджуваного інституту виникла ще з давніх часів. Вже з самого початку зародження кримінального та кримінально-процесуального законодавства на території України норми про закриття кримінального переслідування і звільнення особи від кримінальної відповідальності знайшли своє відображення у найдавнішій правовій пам'ятці — Руській Правді. Одразу варто зауважити, що в найдавніших історичних пам'ятках не визначалось понять закриття кримінальної справи, підстав для закриття кримінальної справи чи звільнення особи від кримінальної відповідальності. Разом з тим, закріплювались певні положення щодо закриття кримінального переслідування у зв'язку з наявністю певних обставин. Так, нормами розширеної редакції Руської Правди передбачалось, що за шкоду, спричинену холопом чи рабом, відповідав їх власник, а безпосередні винуватці від відповідальності звільнялись (ст. ст. 64, 65). В ст. 40 цього документа передбачалась заборона кримінального переслідування особи, що вчинила вбивство крадія на місці злочину. Положення про закриття кримінального переслідування щодо обвинуваченого містилось і в ст. 29, згідно з якою, якщо особа прийде з ознаками побоїв і заявить скаргу, але свідки засвідчать, що саме вона стала ініціатором бійки, то побої зараховуються їй як стягнення за таку ініціативу [1, 31–34].

Варто звернути увагу й на норми розширеної редакції Руської Правди, які, так би мовити, стали основою зародження та розвитку деяких підстав звільнення від кримінальної відповідальності. Зокрема, закріплювалась норма згідно з якою особа, що незаконно розтратила чужі гроші або товари, могла бути звільнена від відповідальності за цей злочин, якщо відшкодовувала завдані збитки (при

цьому дозволялося навіть здійснення таких виплат із розстроченням) [1, 32]. Як вбачається, мова в цьому випадку могла йти як про примирення осіб, так і про каяття винного. Це свідчить про те, що в цей період основна мета рішення по справі не зводилась до покарання (фізичної кари) винного, а як відзначають дослідники законодавства цього періоду, основним було насамперед відшкодування збитків потерпілому та його родичам, поповнення державної казни [2, 84].

Разом з тим, в Руській Правді не містилось положень про хід справи у разі недостатності доказів чи про виправдання підсудного. Однак певні відомості щодо вирішення таких справ можна отримати шляхом аналізу способів доказування у спірних справах. Найпоширенішим з них був «суд божий», до якого належали судові присяги, ордалії та судовий поєдинок [2, 88]. Цінність для нашого дослідження мають безпосередньо судовий поєдинок та ордалії.

Варто зауважити, що Руська Правда не містила положень про судовий поєдинок. Певні відомості містяться у повідомленнях арабських письменників X ст., а також у пізніших руських правових пам'ятках, де судовий поєдинок, описується як дуже поширений спосіб одержання доказів. Це дає підстави стверджувати, що цей метод отримання доказів та вирішення справи застосовувався і в Київській Русі, зокрема таким чином вирішувалася доля спірної справи залежно від перемоги або поразки однієї зі сторін. Правдивим вважався той, хто перемагав [2, 88–89].

Стосовно ж ордалій, то деякі відомості містяться в розширеній редакції Руської Правди. Так, ст. 22 цього правового акта передбачалось випробування розпеченим залізом особи, яка звинувачувалась у вбивстві та у крадіжці цінностей вартістю до половини гривні золота. Якщо цінність вкраденого була вищою половини гривні золота, особу засуджували до випробування водою [1, 31]. Разом з тим, в Руській Правді нічого не говориться про саму процедуру ордалії. Як зазначають дослідники цього періоду, випробування розжареним залізом і водою провадилось проти волі підозрюваного в убивстві або крадіжці, його метою було, по суті, підтвердження обвинувачення людини, «добру волю» якої ніхто не хотів засвідчувати (навіть чи були випадки, коли обвинувачений не обпікався, тримаючи в руці розжарене залізо) [3, 42].

Норми Руської Правди та руського звичаєвого права були діючими на території України довгий час. Це стосується періоду існування Галицько-Волинського князівства, панування Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, в Козацьку добу. Спостерігається поступовий розвиток кримінального законодавства, зокрема щодо визначення підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності. Стосовно ж процесуального порядку їх застосування, а також порядку виправдання винного, то майже до кінця XVII ст. продовжували діяти норми звичаєвого права. Постійні міжусобні війни дали поштовх до розвитку розшукового процесу, зокрема у політичних справах. Заможні феодали та князі вбивали своїх внутрішніх ворогів їх майно розграбовували, розправляючись з ними таким чином, без слідства чи суду.

Як вже зазначалось, поступового розвитку набувають норми про закриття кримінального переслідування, зокрема у напрямку розширення кола підстав.

Так, згідно зі ст. 14 Судебника Великого князя Казимира (1468 р.) у випадку вчинення вперше крадіжки речей невеликої вартості дозволялося не карати злодія, якщо він відшкодував завдані збитки (повертав майно потерпілому або здійснював компенсацію іншим чином) [1, 58]. Аналогічну норму було відтворено в Литовському статуті 1588 року. Окрім того, цим Статутом передбачалася можливість звільнення від кримінальної відповідальності винного у з'валтуванні, якщо потерпіла жінка висловлювала згоду вийти за нього заміж [4, 80].

Після національно-визвольної війни частина України (Лівобережжя і частина Правобережжя) були приєднані до Росії, у зв'язку з чим поступово основним джерелом права на цих територіях стає російське законодавство, окремі правові приписи якого ми теж розглянемо.

Так, Соборним Уложением 1649 року (ст. 121 розділу X) особі, яка вчинила злочин, надавалося право примиритися з потерпілим. Після примирення кримінальна справа могла бути закрита до винесення в ній вироку або у зв'язку з відмовою заявника від позову, або ж у зв'язку із укладенням мирової угоди між потерпілим і обвинуваченим. Якщо угода укладалася поза судом, то сторони повинні були звернутися із заявами про це до суддів, якщо ж примирення досягалося під час судового засідання, то складався і приєднувався до справи відповідний документ, після чого примирені додатково допитувалися. При цьому в справах про особливо небезпечні злочини закон забороняв примирення: була встановлена кримінальна відповідальність за «мир» із вбивцями та розбійниками [5]. Таким чином, ми можемо констатувати, що досить широкого застосування та законодавчого розвитку в цей період набули норми про примирення між сторонами конфлікту, причому причини примирення для суду жодного значення не мали.

Разом з тим, Соборним уложением 1649 року вперше було регламентоване питання припинення кримінального переслідування у зв'язку з необхідною обороною, закінченням строків давності, у випадку казусу та випадковому вбивстві (ст. ст. 16, 18, 20 розділу XXII) [5].

Досить вагомим кроком у розвитку кримінального та кримінально-процесуального законодавства, стали положення закріплені у III розділі «Прав, по которым судится малороссийский народ» 1743 року, згідно з якими дозволялося звільнити від кримінальної відповідальності учасника злочинного угруповання, якщо той сприятиме його викриттю [4, 211]. Аналогічна норма була відтворена в іншому важливому політико-правовому документі того періоду: у 1767 році, видавши «Наказ, данный комиссии о сочинении проекта нового Уложения», Катерина II визнала доцільним використання звільнення від кримінальної відповідальності як засобу заохочення до позитивної посткримінальної поведінки в галузі розкриття злочинів. Вона вказувала на обов'язковість звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які повідомляють владу про злочини, що готуються їхніми співучасниками. Вважаючи такий захід ефективним у боротьбі зі злочинними угрупованнями, імператриця акцентувала увагу на необхідності його імперативності, вказавши, що такий закон може

попередити об'єднання злочинців, вселяючи в кожного з них страх, щоб не піддати себе одного небезпеці [6].

В цей період значно розширено межі застосування інституту закриття кримінального переслідування. Так, у Військових статутах 1715 року Петра I, окрім необхідної оборони (артикул 141, 156) та випадковості (артикул 159), в роз'ясненні до статуту 195 деталізується поняття крайньої необхідності, визначається неосудність і малолітство як обставини, що виключають кримінальну відповідальність [7].

Разом з тим, початок царського періоду ознаменований створенням особливого органу — «губних старост», завданням яких було «розшук та, зібравши докази винуватості, покарання» підозрюваного. Основним засобом отримання доказів було застосування тортур. Саме в цей період, а саме за часів панування Катерини II розвивається така форма завершення провадження у справі, як залишення під підозрою, яка, однак не мала законодавчого закріплення [8, 33].

Викладене дає підстави стверджувати, що поряд із розвитком заохочувальних норм, що стимулювали позитивну постзлочинну поведінку особи, широкого розвитку набули положення про застосування більш суворих заходів щодо осіб, які не вчинили такої поведінки та застосування до них більш жорстких заходів кримінальної відповідальності.

Великим досягненням у розвитку вітчизняного законодавства було прийняття Зводу законів Російської імперії у 1832 році, в якому вперше було зроблено спробу відділити кримінально-правові норми від кримінально-процесуальних. Слід підкреслити, що цим документом вперше було закріплено положення про відміну покарання щодо злочинця, який помер [9]. Крім того, досить чітко було регламентоване питання вирішення кримінальної справи у випадку недостатності доказів вини обвинуваченого. Зокрема, зазначалось: «Якщо досконалих чи повних доказів не встановлено, однак проти підсудного маються якісь докази, то зважаючи на їх тяжкість, а також на тяжкість обвинувачення, могло бути прийняте одне з таких рішень: 1) або ж залишати підсудного під підозрою більш чи менш сильною і при відкритті нових доказів підсудний міг бути притягнутий по тій же справі; 2) або ж віддавати підсудного під надійну поруку доброї в майбутньому поведінки (така форма вироку мала місце в нашому давньому процесі, однак нововведення полягало в тому, що вона супроводжувалась залишенням під підозрою); 3) або ж брати у нього присягу для очищення від підозри (така форма теж відома нашому давньому процесу, однак в цей період вона була обмежена важливими змінами: присяга очищення допускалась, якщо цього бажав підсудний, тільки як крайня міра коли всі інші засоби до підтвердження чи спростування вини підсудного встановлені законом були недостатніми, а роздобути їх іншим чином було неможливо, підсудний — знаходився під підозрою)» [8, 36].

За статистичними даними Міністерства юстиції Російської імперії, за час дії Зводного законодавства судовими інстанціями обвинувальних вироків постановлялось лише 12,5 % інші ж 87,5 % залишались під підозрою [8, 36–37]. Таким чином, виправдувальних вироків суди практично не постановляли,

не було закріплено й підстав для постановлення таких вироків, лише згодом реабілітуючі підстави були закріплені в законодавстві та застосовувались на практиці. А до того часу існувала лише «недостатність доказів вини особи», яка мала наслідком не реабілітацію особи, а залишення її під підозрою, що в значній мірі обмежувало права і свободи підсудного.

У цьому контексті значно покращилось становище обвинуваченого, підсудного з прийняттям 20 листопада 1864 року Судових статутів. Важливе значення мало проголошення презумпції невинуватості (ст. 6): будь-яка особа, підозрювана чи обвинувачена у вчиненні злочину, вважалась невинуватою доти, доки її вина не буде доведена. В ст. 9 цього документу передбачалось, що вирок може тільки засуджувати чи виправдовувати підсудного. Залишення під підозрою не допускається [1, 260]. Крім того статутом закріплювалась можливість закриття кримінальної справи з підстав, які усувають злочинність діяння. Як пише І. Я. Фойницький, це могли бути випадковість, помилка, малолітство чи неосудність особи [10, 56].

Фактичні умови закриття кримінального обвинувачення зводились до недостатності підстав обвинувачення, непереконливості доказів у справі. У справах, де не було особливої процедури передання до суду, питання недостатності підстав суд вирішував при постановленні вироку у справі одночасно з вирішенням питання про невинуватість підсудного. У справах, де існувала процедура передання до суду, це питання вирішувалось шляхом винесення постанови про закриття кримінального переслідування [10, 56]. Однак чіткого визначення реабілітуючих підстав Статут не мав, хоча за твердженням І. Я. Фойницького, постанов про закриття обвинувачення з таких підстав та виправдувальних вироків виносилось чимало.

Слід зазначити, що в Статуті кримінального судочинства 1864 року було частково систематизовано підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності, вперше застосовано термін звільнення від кримінальної відповідальності, а не покарання та визначено відносно нову підставу звільнення — «за височайшим указом чи загальним милостивим маніфестом, що дарує прощення» [11, 121]. Крім того, частково визначався порядок закриття кримінальної справи.

Такий стан речей зберігався аж до встановлення на українських землях радянської влади, що супроводжувалось скасуванням царського законодавства а розвиток кримінального та кримінально-процесуального права був зумовлений сутністю державної влади та її цілями.

Таким чином, дослідивши розвиток інституту закриття кримінальної справи від найдавніших правових пам'яток до початку XX століття, доходимо висновку про можливість виокремлення кількох етапів, які характеризуються різним ступенем визначеності підстав та порядку закриття кримінальної справи:

1) зародження інституту та його розвиток, починаючи з давньоруського законодавства до другої половини XVII ст. (Руська Правда, Судебник Казимира 1468 р., Литовські статuti).

Видокремлення такого великого періоду історії (більше 500 років) в перший етап розвитку інституту закриття кримінальної справи зумовлене незначним

законодавчим розвитком положень інституту та їх відносною схожістю. В цих правових документах закріплюються певні умови вчинення злочину, за наявності яких особа не піддавалась кримінальній відповідальності, наприклад, заборона кримінального переслідування особи, яка вчинила вбивство крадія на місці злочину. Відомі також певні підстави, за наявності яких особа звільнялась від відповідальності: повернення майна чи відшкодування збитків потерпілому його родичам, поповнення державної казни; одруження на зґвалтованій жінці, якщо вона дала на те згоду. Як такого порядку закриття справи не було, однак відомим є «суд божий», як спосіб доказування вини чи невинуватості особи;

2) розвиток інституту закриття кримінальної справи в законодавстві Російської імперії з другої половини XVII ст. до початку XIX ст. (Соборне Уложення 1649 р., Військові артикули Петра I 1715 р.).

В законодавстві цього періоду, поряд з існуючими значно розширено коло підстав, зокрема визначені такі нові підстави для закриття кримінального переслідування: необхідна оборона, закінчення строків давності, казус, випадкове вбивство, неосудність, малолітство. Частково регламентовано порядок його здійснення. Разом з тим, розвивається така форма закриття кримінального переслідування, як залишення під підозрою;

3) розвиток інституту закриття кримінальної справи в законодавстві Російської імперії з початку XIX — до початку XX ст. (Звід законів Російської імперії 1832 р., Статут кримінального судочинства 1864 р.).

На цьому етапі розвитку інституту закриття кримінальної справи зроблено перші спроби відокремлення кримінально-правових норм від кримінально-процесуальних, вперше проведено систематизацію підстав для закриття кримінальної справи. Передбачено нові підстави для закриття кримінального переслідування: щодо померлого та у зв'язку з помилуванням. Частково визначено порядок закриття. Залишення під підозрою спершу обмежується певними умовами, а згодом взагалі забороняється.

**Висновки.** На підставі проведеного дослідження можемо стверджувати, що інститут закриття кримінальної справи розвивався як комплексний правовий інститут, оскільки законодавець на всіх етапах його розвитку пов'язував передумови й порядок закриття справи з різними підставами, насамперед — звільненням від кримінальної відповідальності, а згодом реабілітуючими та формально-процесуальними підставами, кожного разу ускладнюючи чи, навпаки, спрощуючи процесуальну форму прийняття такого рішення, залежно від конкретних кримінально-правових підстав.

### *Література*

1. Хрестоматія з історії держави і права України : навч. посіб. У 2 т. Т. 1. З найдавніших часів до початку XX ст. / [В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький]. — К. : Ін Юре, 1997. — 464 с.
2. Історія держави і права України : підруч. для студ. юрид. спец. виш. навч. закл. У 2 т. Т. 1 / [В. Я. Тацій, А. Й. Рогожин, В. Д. Гончаренко та ін.]. — К. : Вид. дім, 2003. — 656 с.

3. Музиченко П. П. Історія держави і права України : навч. посіб. / Петро Павлович Музиченко. — К. : Товариство «Знання», 2006. — 437 с.
4. Хрестоматія з історії держави і права України : навч. посіб. / [упоряд. А. С. Чайковський]. — К. : Юрінком інтер, 2003. — 656 с.
5. Памятники русского права: Соборное Уложение царя Алексея Михайловича 1649 года. Вып. 6 / [сост.: Е. Г. Баскакова, И. Д. Мартысевич, К. А. Софроненко, О. И. Чистяков, С. И. Штамм]. — М. : Госюриздат, 1957. — 504 с.
6. Паказ Императрицы Екатерины II, данный комиссии о сочинении Проекта Нового Уложения. Памятники русского законодательства 1649–1832 гг. / [под ред. П. Д. Чечулина]. — СПб. : Тип. Имп. Акад. наук, 1907. — 341 с.
7. Военные артикулы Петра I. Материалы по изучению истории государства и права СССР / [отв. ред. А. Ф. Гончаров ; введ. Н. П. Старжина]. — М. : РИО ВЮЗИ, 1960. — 50 с.
8. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1 / Иван Яковлевич Фойницкий. — СПб. : Альфа, 1996. — 552 с.
9. Свод законов Российской империи [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://civil.consultant.ru/code/>
10. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2 / Иван Яковлевич Фойницкий. — СПб. : Альфа, 1996. — 606 с.
11. Российское законодательство X–XX веков. В 9 т. Т. 8. Судебная реформа / [под общ. ред. О. И. Чистякова ; отв. ред. Б. В. Виленский]. — М. : Юрид. лит., 1991. — 496 с.

### Анотація

**Крет Г. Р.** Виникнення та розвиток інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві до початку XX століття. — Стаття.

У статті досліджено виникнення та розвиток інституту закриття кримінальної справи у вітчизняному законодавстві від найдавніших правових пам'яток, що діяли на території України, до початку XX століття. На підставі цього автором виокремлено та охарактеризовано основні етапи.

**Ключові слова:** закриття кримінальної справи, підстави для закриття кримінальної справи, звільнення від кримінальної відповідальності.

### Аннотация

**Крет Г. Р.** Возникновение и развитие института прекращения уголовного дела в отечественном законодательстве до начала XX века. — Статья.

В статье исследовано возникновение и развитие института прекращения уголовного дела в отечественном законодательстве от древнейших правовых актов, которые действовали на территории Украины, до начала XX века. На основании этого автором выделены и охарактеризованы основные этапы.

**Ключевые слова:** прекращение уголовного дела, основания для прекращения уголовного дела, освобождение от уголовной ответственности.

### Summary

**Kret G. R.** An origin and development of institute of closing the criminal case in a domestic legislation to beginning of twentieth century. — Article.

The article examines an origin and development of institute of closing the criminal case in a domestic legislation from the oldest legal sights which operated on territory of Ukraine to beginning of twentieth century. On this basis, the author singled out and described the main stages.

**Keywords:** closing the criminal case, foundation is for closing the criminal case, liberation from criminal responsibility.



Розділ 4

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ  
ТА СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ  
ВІДНОСИН**



## ПРАВОВІ ОСНОВИ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СФЕРІ ПРАЦІ

В Україні становлення соціального діалогу у сфері праці пов'язується з початком 90-х рр. минулого століття. Проте тривалий час нормативна база соціального діалогу не була повністю сформована через відсутність на законодавчому рівні спеціальних норм, які б закріплювали правові основи соціального діалогу у сфері праці. З прийняттям рамкового Закону України «Про соціальний діалог в Україні» від 23 грудня 2010 року [1] ці прогалини було усунуто. Законом визначено правові засади організації та порядку ведення соціального діалогу в Україні з метою вироблення та реалізації державної соціальної і економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин та забезпечення підвищення рівня і якості життя громадян, соціальної стабільності в суспільстві.

Законодавство України про соціальний діалог базується на Конституції України і складається із законів України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про організації роботодавців», «Про колективні договори і угоди», «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», «Про соціальний діалог в Україні», трудового законодавства, інших нормативно-правових актів. До останніх належать, наприклад, Указ Президента України «Про Національну тристоронню соціально-економічну раду» від 2 квітня 2011 року та ін. Серед законодавчих актів важливе значення матимуть положення глави 1 «Соціальний діалог» книги шостої «Колективні трудові відносини» нового Трудового кодексу України, підготованого до другого читання [2].

У Законі України «Про соціальний діалог в Україні» визначаються поняття, основні принципи соціального діалогу, рівні та сторони, критерії репрезентативності для суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців, форми здійснення соціального діалогу, статус органів соціального діалогу (Національної тристоронньої соціально-економічної ради та територіальних тристоронніх соціально-економічних рад), контроль та відповідальність сторін соціального діалогу.

Метою даної статті є аналіз змісту норм Закону України «Про соціальний діалог в Україні» про поняття, принципи, сторони та форми соціального діалогу.

Поняття соціального діалогу закріплене у ст. 1 Закону, згідно з якою соціальний діалог «...є процесом визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, з питань формування та реалізації державної...». Таке визначення слід визнати громіздким, нечітким, таким, що не пов'язане з колективними трудовими відносинами (враховуючи назву книги шостої проекту Трудового кодексу України). Як видається, до-

цільно було б визначити соціальний діалог у ст. 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» і відповідно ч. 1 ст. 332 проекту Трудового кодексу України не як «процес визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу...», а як систему колективних трудових відносин між працівниками, роботодавцями (їх представниками), органами виконавчої влади, іншими суб'єктами цих відносин.

Визначення соціального діалогу як системи колективних відносин відповідає назві книги шостої та дозволяє розглядати соціальний діалог як систему конкретних видів колективних трудових відносин. Також не можна не звернути уваги на те, що об'єктом правового регулювання є суспільні відносини, а не будь-який процес або досягнення домовленостей та прийняття рішень. Отже, доцільно розглядати соціальний діалог як систему колективних відносин, що виникають у процесі визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу. Ці відносини можуть бути як двосторонніми між представників працівників і роботодавцем (роботодавцями, представниками роботодавців), так і тристоронніми за участю органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування.

Розуміння соціального діалогу як системи відносин є поширеним у зарубіжній законодавчій практиці. Так, у ст. 23 Трудового кодексу Російської Федерації соціальне партнерство у сфері праці визначається як система взаємовідносин між працівниками (представниками працівників), роботодавцями (представниками роботодавців), органами державної влади, органами місцевого самоврядування, спрямована на забезпечення узгодження інтересів працівників і роботодавців з питань регулювання трудових відносин та інших безпосередньо пов'язаних з ними відносин [3, 87].

Система соціального діалогу у сфері праці включає сторін та інших учасників (суб'єктів), об'єкт (предмет), принципи, рівні, організаційно-правові форми, акти соціального діалогу, процедури їх розробки і укладення, порядок створення і функціонування спеціалізованих органів соціального діалогу.

Перелік основних принципів соціального діалогу, закріплений у ст. 3 Закону і ст. 333 проекту ТК, в цілому відповідає міжнародним стандартам. Соціальний діалог здійснюється на принципах: законності та верховенства права; репрезентативності і правоможності сторін та їх представників; незалежності та рівноправності сторін; конструктивності та взаємодії; добровільності та прийняття реальних зобов'язань; взаємної поваги та пошуку компромісних рішень; обов'язковості розгляду пропозицій сторін; пріоритету узгоджувальних процедур; відкритості та гласності; обов'язковості дотримання досягнутих домовленостей; відповідальності за виконання прийнятих зобов'язань. Одні з перелічених принципів є загальними, оскільки є правовими основами взаємодії сторін для усіх рівнів і організаційно-правових форм соціального діалогу, інші є окремими, оскільки мають обмежену сферу дії і властиві тільки окремим організаційно-правовим формам. Викликає заперечення віднесення у ст. 3

Закону до основних принципів соціального діалогу принципів законності та верховенства права, які є загальними і поширюються на всю систему права, є правовою основою взаємодії суб'єктів усіх видів правовідносин, у тому числі й правовідносин із соціального діалогу.

На нашу думку, доцільно було б доповнити зазначені статті наступними принципами: свобода вибору при обговоренні питань у сфері праці; сприяння розвитку соціального діалогу з боку держави на демократичній основі; контроль за виконанням прийнятих зобов'язань.

У ст. 4 Закону та ст. 334 проекту ТК визначено рівні та сторони соціального діалогу. У ч. 1 ст. 4 Закону передбачено чотири рівні соціального діалогу: національний, галузевий, територіальний та локальний. На зазначених рівнях соціальний діалог здійснюється на тристоронній або двосторонній основі.

У ч. 2 ст. 4 Закону та ч. 2 ст. 334 проекту ТК визначаються сторони соціального діалогу. На перших трьох рівнях сторонами соціального діалогу є профспілкорова сторона, сторона роботодавців і сторона органів виконавчої влади. На території відповідної адміністративно-територіальної одиниці стороною соціального діалогу можуть бути органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законодавством. На локальному рівні сторонами соціального діалогу є сторона працівників і сторона роботодавця.

При цьому профспілки та їх об'єднання, організації роботодавців та їх об'єднання з визначеним Законом статусом і конкретні органи виконавчої влади отримали статус суб'єктів відповідно профспілкової сторони, сторони роботодавців і сторони органів виконавчої влади. Так, на національному рівні суб'єктами профспілкової сторони визнано об'єднання професійних спілок, які мають статус всеукраїнських, суб'єктами сторони роботодавців — об'єднання організацій роботодавців із всеукраїнським статусом, суб'єктом сторони органів виконавчої влади — Кабінет Міністрів України. На галузевому рівні суб'єктами профспілкової сторони є всеукраїнські профспілки та їх об'єднання, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності, суб'єктами сторони роботодавців — всеукраїнські об'єднання організацій роботодавців, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності, суб'єктами сторони органів виконавчої влади є відповідні центральні органи виконавчої влади. На територіальному рівні суб'єктами профспілкової сторони є профспілки відповідного рівня та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; суб'єктами сторони роботодавців є організації роботодавців та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; суб'єктами сторони органів виконавчої влади — місцеві органи виконавчої влади, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. На локальному рівні суб'єктами сторони працівників визначено первинні профспілкові організації, а у разі їх відсутності — вільно обрані для ведення колективних переговорів представники (представник) працівників; суб'єктами сторони роботодавців є роботодавець та/або уповноважені представники роботодавця.

Таким чином, у Законі не вирізняються сторони соціального діалогу та їх представники. На нашу думку, сторонами соціального діалогу слід визнавати працівників і роботодавців, а профспілки та організації роботодавців — їх представниками. Останнє прямо випливає із законів України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» та «Про організації роботодавців», якими профспілки та організації роботодавців визнано представниками прав та інтересів відповідно працівників і роботодавців. Тобто на національному, галузевому та територіальному рівнях стороною соціального діалогу слід вважати працівників і роботодавців, а не профспілкову сторону і сторону роботодавців, як це передбачено Законом і проектом ТК.

Норми Закону України «Про соціальний діалог в Україні», якими передбачені сторони соціального діалогу, відрізняються від аналогічних норм ТК РФ. Згідно із ст. 25 ТК РФ сторонами соціального партнерства є працівники і роботодавці в особі уповноважених у встановленому порядку представників. Органи державної влади і органи місцевого самоврядування є сторонами соціального партнерства у випадках, коли вони виступають як роботодавці, а також в інших випадках, передбачених трудовим законодавством.

Більш послідовно у ТК РФ закріплений також статус профспілок і організацій роботодавців як представників працівників і роботодавців. Розділ II «Соціальне партнерство у сфері праці» містить окрему главу 4 «Представники працівників і роботодавців у соціальному партнерстві», норми якої визначають статус представників працівників і роботодавців у соціальному діалозі. Відповідні норми відсутні у Законі України «Про соціальний діалог в Україні» та книзі шостий проекту Трудового кодексу України.

Для визначення складу профспілкової сторони та сторони роботодавців Законом України «Про соціальний діалог в Україні» вперше передбачені критерії репрезентативності. Відповідно до ст. 5 Закону загальними критеріями репрезентативності для суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців є:

- легалізація (реєстрація) зазначених організацій (об'єднань) та їх статус;
- для профспілок, їх організацій та об'єднань — загальна чисельність їх членів, для організацій роботодавців та їх об'єднань — загальна чисельність працівників, які працюють на підприємствах — членах відповідних організацій роботодавців;
- галузева та територіальна розгалуженість.

Зазначені критерії є необхідними для визначення репрезентативності профспілок та їх об'єднань і організацій роботодавців та їх об'єднань для участі у колективних переговорах з укладення колективних договорів і угод, тристоронніх або двосторонніх органах та у міжнародних заходах.

На національному рівні для участі у колективних переговорах з укладення генеральної угоди, для делегування представників до Національної тристоронньої соціально-економічної ради, до органів управління фондами загальнообов'язкового державного соціального страхування та інших тристоронніх органів соціального діалогу, участі у міжнародних заходах репрезентативними є об'єднання профспілок, які:

- легалізовані (зареєстровані) відповідно до закону;
- є всеукраїнськими об'єднаннями профспілок, що налічують не менш як сто п'ятдесят тисяч членів;
- мають у своєму складі профспілки, їх організації у більшості адміністративно-територіальних одиниць України, визначених ч. 2 ст. 133 Конституції України, а також не менш як три всеукраїнські профспілки.

На галузевому рівні для участі у колективних переговорах з укладення галузевих (міжгалузевих) угод та для делегування представників до органів соціального діалогу на відповідному рівні репрезентативними є професійні спілки та їх об'єднання, які легалізовані (зареєстровані) відповідно до закону; є всеукраїнськими профспілками, членами яких є не менш як три відсотки працівників, зайнятих у відповідній галузі.

На територіальному рівні для участі у колективних переговорах з укладення територіальних угод та для делегування представників до органів соціального діалогу репрезентативними є професійні спілки та їх об'єднання, які, крім легалізації (реєстрації) відповідно до закону, є обласними, місцевими профспілками, їх організаціями та об'єднаннями, створеними за територіальною ознакою, членами яких є не менш двох відсотків зайнятого населення у відповідній адміністративно-територіальній одиниці.

На локальному рівні для участі у колективних переговорах з укладення колективних договорів відповідно до закону репрезентативною є сторона працівників, суб'єктами якої є первинні профспілкові організації, а у разі їх відсутності — вільно обрані представники (представник) працівників.

Що стосується профспілок та їх об'єднань, які не відповідають критеріям репрезентативності, то вони за рішенням своїх виборних органів можуть надавати повноваження репрезентативним організаціям та об'єднанням відповідно рівня для представлення своїх інтересів або вносити на розгляд відповідних органів соціального діалогу свої пропозиції, які є обов'язковими для розгляду сторонами під час формування узгодженої позиції та прийняття рішень.

Оцінка відповідності критеріям репрезентативності профспілок та їх об'єднань проводиться на національному та галузевому рівнях Національною службою посередництва і примирення, а на територіальному рівні відповідними відділеннями Національної служби посередництва і примирення. За результатами оцінки відповідності критеріям репрезентативності та підтвердження репрезентативності Національна служба посередництва і примирення та її відділення ведуть реєстр цих організацій (об'єднань).

У ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» та ч. 1 ст. 335 проекту ТК визначаються форми здійснення соціального діалогу. Передбачено, що соціальний діалог здійснюється між сторонами соціального діалогу відповідного рівня у формах: обміну інформацією; консультацій; узгоджувальних процедур; колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод. У зазначених статтях не передбачені такі форми соціального діалогу як участь працівників та їх представників в управлінні організацією, участь представників працівників і роботодавців у вирішенні трудових спорів (примирні про-

цедури з розгляду трудових спорів), формування і діяльність органів соціального діалогу, здійснення контролю за виконанням колективних договорів і угод, спільних рішень та деякі інші форми.

МОП визнає головною формою соціального діалогу колективні переговори і укладення колективних договорів і угод. Це — реалізація працівниками (в особі їх представників) і роботодавцями відповідного права, норми щодо здійснення якого включено до окремої глави 2 «Колективні переговори та укладення колективних договорів та угод» книги шостої «Колективні трудові відносини» проекту ТК. Водночас у Законі та проекті ТК недостатньо уваги приділено регламентації інших форм соціального діалогу, про які йдеться лише ст. 8 Закону і ст. 338 проекту ТК.

Враховуючи те, що у книзі шостій проекту ТК передбачаються правові основи соціального діалогу у сфері праці, доречно було назвати зазначену книгу «Соціальний діалог у сфері праці. Колективні трудові відносини».

### Література

1. Про соціальний діалог в Україні : Закон України від 23 груд. 2010 р. № 2862-VI // Урядовий кур'єр. 2011. 16 лют.
2. Проект Трудового кодексу України.
3. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. Ю. П. Орловский. — М. : Юрид. фирма «КОНТРАКТ», «ИНФРА-М», 2007. — 1376 с.

### Анотація

*Чаньшєва Г. І.* Правові основи соціального діалогу у сфері праці. — Стаття.

У статті аналізуються норми Закону України «Про соціальний діалог в Україні» та проекту Трудового кодексу України про поняття, основні принципи, сторони та форми соціального діалогу.

*Ключові слова:* соціальний діалог, принципи соціального діалогу, сторони соціального діалогу, форми соціального діалогу.

### Аннотация

*Чаньшєва Г. И.* Правовые основы социального диалога в сфере труда. — Статья.

В статье анализируются нормы Закона Украины «О социальном диалоге в Украине» и проекта Трудового кодекса Украины о понятии, основных принципах, сторонах и формах социального диалога.

*Ключевые слова:* социальный диалог, принципы социального диалога, стороны социального диалога, формы социального диалога.

### Summary

*Chanysheva G. I.* Legal bases of the social dialog in the field of law. — Article.

In the article the norms of the Law of Ukraine «On the social dialog in Ukraine» and Draft Labour Code concerning definition, basic principles, parties and forms of the social dialog are being analyzed.

*Keywords:* social dialog, principles of social dialog, parties of social dialog, forms of social dialog.

## ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ ПЕНСІЙНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Здійснення в повному масштабі пенсійної реформи багато в чому залежить від наявності нормативно-правової бази, ефективності правового регулювання численних пенсійних відносин. З прийняттям Закону України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи», який вступив в дію з 1 жовтня 2011 року [1], ми отримали інший механізм пенсійного забезпечення людей в нашій державі на довготривалу перспективу.

Проведення пенсійної реформи стосується інтересів практично всього дорослого населення держави. Підвищений на 5 років пенсійний вік для жінок, на 10 років — обов'язковий страховий стаж для жінок і чоловіків, змінений порядок розрахунку заробітної плати для призначення пенсії.

При розрахунку пенсії враховується середня заробітна плата за три календарні роки, які передують року звернення за призначенням пенсії. Обмежений максимальний розмір пенсії, який не може перевищувати десяти прожиткових мінімумів, встановлених для осіб, які втратили працездатність. Мінімальний розмір пенсії за віком при наявності у чоловіків 35 років страхового стажу, а у жінок — 30 років встановлюється в розмірі прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, зменшені розміри спеціальних пенсій для всіх категорій осіб, які передбачені законодавством. Змінені умови призначення та виплати пенсій військовослужбовцям та державним службовцям.

Але це не повний перелік змін в пенсійному законодавстві. Верховна Рада України внесла зміни постатейно в 22 закони щодо призначення та виплати пенсій. Найбільшу кількість змін внесено в Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 року [2].

Питання пенсійного віку, страхового стажу, розрахунку пенсій деталізовані в Законі щодо реформування пенсійної системи від 8 липня 2011 року № 3668.

Зміни в пенсійному забезпеченні можна відобразити у вигляді таблиці [3].

Велика увага приділяється в законодавстві щодо пенсійної реформи другому рівню пенсійного забезпечення (накопичувальному). Час впровадження цього рівня пенсійної системи, коли кожний платник робить внески і для себе, а не тільки в «загальний казанок» у солідарну систему, продовжено до ліквідації дефіциту коштів Пенсійного фонду (до 2013 року). А поки що він дуже великий. В 2009 році дефіцит бюджету складав 30 млрд грн, в 2010 р. — 34 млрд грн, в 2011 р. — 17,8 млрд грн. Прогнозується, що в 2012 році дефіцит Пенсійного фонду України складе 2 млрд 200 млн грн [4].

Суттєвих змін зазнало законодавство про пенсійне забезпечення народних депутатів, суддів, прокурорів. По-перше, змінено розмір пенсії з 90 на 80 % від заробітної плати. Обмежено заробіток для призначення пенсії народним депутатам, суддям, прокурорам сумою заробітної плати, на яку нараховується єдиний соціальний внесок, як для інших категорій пенсіонерів.

Таблиця

| До реформи   | Після реформи  |
|--|--|
| Жінки виходять на пенсію в 55 років.   | Жінки, які народились після 1 березня 1961 року, виходять на пенсію в 60 років. Тим, хто народився в період з 1 вересня 1956 по 1 березня 1961 року, пенсійний вік буде підвищуватись на півроку. Тобто, жінки, які народились з 1 вересня 1956 по 28 лютого 1957 року вийдуть на пенсію у віці 55,5 років, з 1 березня 1957 року по 1 вересня 1957 року — в 56 років, і так далі. |
| Держслужбовці — чоловіки виходять на пенсію в 60 років   | З 1 січня 2013 року пенсійний вік для державних службовців — чоловіків буде підвищено до 62 років. Процес розтягнеться на чотири роки, по шість місяців щорічно.   |
| Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення мінімальної пенсії за віком, складає 20 років для жінок і 25 — для чоловіків.   | Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення мінімальної пенсії за віком, складає 30 років для жінок и 35 — для чоловіків.   |
| Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення соціальної допомоги (50% мінімальної пенсії) при досягненні пенсійного віку, складає 5 років.   | Мінімальний страховий стаж, необхідний для призначення соціальної допомоги (50% мінімальної пенсії) при досягненні пенсійного віку, складає 15 років.  |
| Максимальний розмір пенсії законодавцем не обмежений.  | Максимальний розмір пенсії обмежений 10 прожитковими мінімумами, встановленими для непрацездатного населення.  |
| Держслужбовці отримують пенсії в розмірі 90 % заробітної плати.  | Держслужбовці отримують пенсії в розмірі 80 % заробітної плати. Для бюджетників при виході на пенсію вводиться одноразова допомога в розмірі 10 нарахованих їх пенсій.   |
| Для нарахування пенсії береться розмір середньої заробітної плати за один календарний рік, який передусь року звернення за призначенням пенсії.  | Для нарахування пенсії береться розмір середньої заробітної плати за три календарні роки, які передують року звернення за призначенням пенсії.   |
| Мінімальний строк служби для нарахування пенсії військовослужбовцям складає 20 років. Виходячи на пенсію через 20 років, військові в якості пенсійного забезпечення отримують 50% жалування. | Мінімальний строк служби для нарахування пенсії військовослужбовцям складає 25 років. Підвищення буде проходити поступово, протягом 10 років, аналогічно підвищенню пенсійного віку для жінок. Виходячи на пенсію через 25 років, військові в якості пенсійного забезпечення отримують 65% жалування. Зміни не розповсюджуються на льотчиків та підводників.                       |

Дострокові пенсії народним депутатам у зв'язку з закінченням їх депутатських повноважень тепер будуть призначатися не за два роки до досягнення пенсійного віку, а за півтора, як і іншим категоріям пенсіонерів.

Пенсійному фонду передано право призначення та виплати довічного грошового утримання суддів Конституційного Суду України, Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів (раніше вони призначались цими судами).

Встановлений диференційований підхід до визначення стажу роботи прокурорів та слідчих, відповідно до Закону України «Про прокуратуру» [5], на день звернення за призначенням пенсії. Так, до 30 вересня 2011 року — 20 років, в тому числі стажу роботи на посадах прокурорів та слідчих прокуратури не менше 10 років. А з 1 жовтня 2011 року до 30 вересня 2012 року — 20 років та 6 місяців, в тому числі стажу роботи на посадах прокурорів та слідчих прокуратури не менше як 10 років та 6 місяців і так далі. З 1 жовтня 2020 року — 25 років, в тому числі стажу роботи на посаді прокурора чи слідчого прокуратури не менше 15 років.

Відповідно до Закону про пенсійну реформу зберігаються умови та порядок здійснення права на пенсію за віком на пільгових умовах, враховуючи шкідливість виробництва, та на пенсію за вислугу років. Категорії осіб, які мають право на пенсію за вислугу років, визначені ст. ст. 13, 14, 55 Закону України «Про пенсійне забезпечення» від 5 листопада 1991 року [6] та п. 3 Прикінцевих положень Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 9 липня 2003 р.

Залишаються незмінними норми про призначення пенсій за вислугу років незалежно від віку працівникам закладів освіти, охорони здоров'я та соціального забезпечення, артистам, спортсменам. При цьому надана можливість відстрочки призначення пенсії за вислугу років з відповідною компенсацією.

Законом про пенсійну реформу закріплений новий принцип визначення заробітку для обчислення пенсії науковим працівникам відповідно до Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність» [7]. Внесені зміни в ст. 24 цього Закону щодо перегляду періоду, за який визначається заробіток для призначення пенсії. Зміни передбачають, що для визначення пенсії враховується заробітна плата наукового (науково-педагогічного) працівника за основним місцем роботи за весь період страхового стажу на посаді наукового (науково-педагогічного) працівника починаючи з 1 липня 2000 р.

Новим законодавством збережено право перерахунку пенсій пенсіонерам, які працюють, з урахуванням страхового стажу, набутого після призначення пенсії.

Всі зміни в пенсійному законодавстві не розповсюджуються на пенсіонерів, пенсії яким були призначені до вступу в силу нового закону про пенсійну реформу, в тому числі пенсіонерів, які продовжують трудову діяльність.

В той же час реформування законодавства про пенсійне забезпечення повинно позитивно вплинути на систему матеріального забезпечення, сприяти скороченню чисельності пенсіонерів.

Можна вважати, що здійснення пенсійної реформи дозволить стабілізувати діяльність Пенсійного фонду, скоротити витрати на виплату пенсій. Пенсійний фонд повинен стати бездефіцитним.

### Література

1. Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи : Закон України від 8 лип. 2011 р. № 3668-VI // Урядовий кур'єр. — 2011. — № 168, 14 верес.
2. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 лип. 2003 р. № 1058-IV // Урядовий кур'єр. — 2003. — № 150, 14 серп.
3. Известия в Украине. — 2011. — № 167.
4. Урядовий кур'єр. — 2011. — № 165.
5. Про прокуратуру : Закон України від 5 листоп. 1991 р. № 1789-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
6. Про пенсійне забезпечення : Закон України від 5 листоп. 1991 р. № 1788-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 3. — Ст. 10.
7. Про наукову та науково-технічну діяльність : Закон України від 13 груд. 1991 р. № 1977-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 12. — Ст. 165.

### Анотація

*Сирота І. М.* Правові аспекти здійснення пенсійної реформи в Україні. — Стаття.

У статті досліджуються основні напрямки пенсійної реформи в Україні, передбаченої Законом України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 року. Висловлюються пропозиції щодо удосконалення окремих положень зазначеного Закону.

*Ключові слова:* пенсійна реформа, пенсійне забезпечення, солідарна система, накопичувальна система, недержавне пенсійне забезпечення.

### Аннотация

*Сирота И. М.* Правовые аспекты осуществления пенсионной реформы в Украине. — Статья.

В статье исследуются основные направления пенсионной реформы в Украине, предусмотренной Законом Украины «О мерах по законодательному обеспечению реформирования пенсионной системы» от 8 июля 2011 года. Высказываются предложения по совершенствованию отдельных положений указанного Закона.

*Ключевые слова:* пенсионная реформа, пенсионное обеспечение, солидарная система, накопительная система, негосударственное пенсионное обеспечение.

### Summary

*Sirota I. M.* Legal aspects of pension reform in Ukraine. — Article.

The article examines the main areas of pension reform in Ukraine, the Law of Ukraine «On measures to ensure the legislative pension reform» of 8 July 2011. Their position to improve certain provisions of the Act.

*Keywords:* pension reform, pensions, social system funded system, private pension provision.

### МАТЕРІАЛЬНИЙ ТА ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ІНДИВІДУАЛЬНИХ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Юридичний зміст індивідуальних трудових правовідносин складають суб'єктивні права та обов'язки працівника і роботодавця. «Встановлення трудових правовідносин означає регулювання фактичної діяльності працівника, з одного боку, та організації, від імені якої виступає адміністрація, — з іншого. Ця діяльність торкається різних аспектів відносин в сфері праці: виконання працівниками певної трудової функції, оплати результатів їх праці з адміністрацією, створення нормальних умов для роботи», — відзначає М. Бару [2, 54]. Погоджуючись з вченим в тому, що трудове правовідношення має матеріальний та юридичний зміст, однак є певна неточність визначення сторін індивідуального трудового правовідношення. Однією стороною такого правовідношення є працівник, а іншою не організація, від імені якої виступає адміністрація, а роботодавець. Термін «організація в обличчі адміністрації» в якості сторони індивідуального трудового правовідношення не відповідає реаліям сьогодення. Він був доречним у часи, коли держава була єдиним власником основних засобів виробництва. Сьогодні держава є одним з таких власників, тому іншою стороною індивідуального трудового правовідношення є саме роботодавець. Термін «роботодавець» є універсальним і охоплює усіх власників засобів виробництва, які наймають працівників для виконання певної трудової діяльності щодо створення матеріальних чи духовних благ на умовах трудового договору або контракту.

Фактична діяльність працівника та роботодавця є матеріальним змістом індивідуального трудового правовідношення. Матеріальний зміст даного правовідношення нерозривно пов'язаний та підпорядкований вольовому або юридичному змісту, тобто суб'єктивним правам та обов'язкам учасників індивідуального трудового правовідношення. Фактичні дії, які складають необхідний компонент індивідуальних трудових правовідносин, набувають за допомогою норм права якісну визначеність та цілеспрямованість. Саме у цьому полягає основна особливість механізму регулюючого впливу норм трудового права на фактичну поведінку суб'єктів індивідуальних трудових правовідносин. Відтак, вольовий або юридичний зміст індивідуальних трудових правовідносин складають суб'єктивні трудові права та обов'язки працівника і роботодавця. Так, П. Д. Пилипенко доводить, що в основі обов'язку працівника виконувати певну трудову функцію, що складає головний зміст індивідуально-трудового правовідношення, полягають виробничі відносини по суспільному розподілу праці, які й знаходять відображення в закріпленні трудящих за різними сферами її застосування. В основі обов'язку роботодавця оплачувати працю згідно з кількістю та якістю є виробничі розподільчі відносини, які виступають зворотною стороною виробництва і є формою відтворення робочої сили. Зв'язок

означених основних обов'язків (прав) працівника і роботодавця, або інакше виконання трудової функції з підпорядкуванням внутрішньому трудовому розпорядку і оплата праці з забезпеченням належних її умов, є головним трудовим зв'язком, що визначає зміст індивідуального трудового правовідношення [5, 68]. Погоджуючись з автором у тому, що змістом індивідуального трудового правовідношення є права та обов'язки сторін трудового договору, відзначимо, що цей зв'язок полягає не лише у виконанні певної трудової функції, підпорядкуванні правилам внутрішнього трудового розпорядку, оплаті праці та забезпеченні належних умов для трудової діяльності працівника, але й інших трудових правах та обов'язках. Зміст індивідуальних трудових правовідносин є складним за характером, бо передбачає існування цілої системи прав та обов'язків працівника і роботодавця, без яких стає неможливим розвиток цих відносин.

Як ціле індивідуальне трудове правовідношення не може існувати без складових частин, передбачаючих постійну, систематичну реалізацію у просторі та у часі відповідних прав та обов'язків сторін, узятих на себе по трудовому договору. О. Барабаш індивідуальним трудовим правовідношенням вважає зв'язок права громадянина на отримання оплачуваної та безпечної роботи і обов'язку її виконання відповідно до встановлених правил з обов'язком роботодавця надати таку роботу і з правом вимагати належного її виконання. Відносини, пов'язані з оплатою праці, робочим часом, часом відпочинку, охороною праці, дисципліною праці тощо, він відносить до доповнюючих основне індивідуальне трудове правовідношення [1, 65]. Однак єдність індивідуальних трудових правовідносин полягає не в тому, що виокремлення з них того чи іншого елемента означає припинення трудового договору, а в тому, що лише в єдності обов'язкових елементів (прав та обов'язків) вони мають цілісний зміст. Система індивідуально-трудова правовідносин має складну структуру, яка характеризується не однією якоюсь правомочністю на одній стороні та відповідним цій правомочності обов'язком — на іншій, а багатьма взаємопов'язаними правами та обов'язками.

Належне виконання обов'язків та повна і своєчасна реалізація прав працівником та роботодавцем дозволяє також розглядати зміст індивідуальних трудових правовідносин з точки зору правомірної поведінки сторін трудового договору. Тим паче, що у науці трудового права «глибоке дослідження отримав юридичний бік змісту трудового правовідношення (суб'єктивні права і обов'язки) та незрівнянно менше — матеріальний бік даного змісту означеного правовідношення як фактична поведінка, яку уповноважений може, а правозобов'язаний — мусить здійснити». Правова поведінка працівників менше досліджувалась вченими, хоча, як справедливо підкреслює Ю. С. Диносова, «наукове дослідження різних видів та форм правової поведінки потрібне для того, щоб підвищити ефективність дії трудового права, зміцнити його роль в житті суспільства, сприяти подальшому зміцненню законності і правопорядку» [4, 237]. Отже, правова поведінка працівників за змістом характеризується: реалізацією суб'єктивних прав; виконанням суб'єктивних обов'язків; невиконанням

цих обов'язків або вчиненням заборонених дій; утриманням від вчинення заборонених дій; вчиненням інших дій, не заборонених нормами трудового права.

Зміст індивідуального трудового правовідношення відображається у правових статусах працівника та роботодавця, адже правовий статус містить статутні права і обов'язки суб'єктів трудового права та їх гарантії. Правовий статус — категорія не лише багатоаспектна, але й багатоелементна. Це правовий інститут, що має складну структуру. Цим і обумовлено розмаїття точок зору, позицій вчених щодо сутності, змісту, основних рис та властивостей даного феномену. Відмічається, що статус (лат. status — стан, положення) — встановлене нормами права положення його суб'єктів, сукупність їх прав і обов'язків. Статус — це соціальний, співвідносний стан (позиція) індивідуума або групи в соціальній системі, що визначається низкою ознак, специфічних для даної системи (економічних, професійних, етичних і інших). Люди, що володіють одним і тим же статусом, виявляють ряд подібних особистих рис, що позначаються як «соціальний тип» особистості. Залежно від того, яку позицію займає людина завдяки природним ознакам (раса, соціальне походження) чи завдяки власним зусиллям (освіта, заслуги), розрізняють відповідно «природний» і «досягнутий» статус. Кожен статус може порівнюватися з іншим за тією чи іншою ознакою, співвідносною з суспільною системою цінностей, набуваючи, таким чином, певний «соціальний престиж». В. Воловик розглядає під соціально-правовим статусом «не тільки сутність прав, обов'язків і гарантій, а ще й місце суб'єктів у соціальній системі суспільства». Він вважає, що таке місце визначається не тільки законом, а переважно уявою всіх суб'єктів суспільних відносин про нього. Для ефективної реалізації соціально-правового статусу суб'єкта права необхідно три особливо важливих фактори: наявність правової культури населення, професійне виконання суб'єктом права своїх функціональних обов'язків та стабільне економічне становище держави. Статус — це сукупність прав і обов'язків, що визначають юридичний стан особи, державного органу чи міжнародної організації; комплексний показник становища певного прошарку, групи чи індивідів в соціальній системі, один з найважливіших параметрів соціальної стратифікації [3, 63].

О. Ярошенко аналізуючи сутність категорії «правовий статус», підкреслює значимість єдності прав, свобод і обов'язків. В ситуації порушення цієї єдності настає необхідність корекції механізму правового регулювання, а наявність цієї єдності повинна забезпечуватися системою контролю з боку інших суб'єктів правового регулювання. Під правовим статусом розуміється сукупність прав і свобод, обов'язків та відповідальності особистості, встановлюючих її правове положення в суспільстві [6, 75]. Він наводить наступні основні риси правового статусу: а) права, свободи і обов'язки, що утворюють правовий статус, є рівними, кожна особистість (в межах свого статусу) має право на рівний захист з боку закону, незалежно від будь-яких обставин, юридичну можливість скористуватися наданими їй правами та виконати покладені на неї обов'язки; б) права, свободи та обов'язки особистості, зафіксовані в правових нормах, є найвищою цінністю, а їх визнання, дотримання і захист — головним обов'язком

держави; в) права, свободи та обов'язки гарантовані в інтересах суспільства і держави, кожної особистості окремо; г) права, свободи та обов'язки особистості виступають як єдина система, яка поступово розширюється і поглиблюється; д) права, свободи і обов'язки є необхідною умовою та передумовою буття особистості, в певній мірі відображають природу держави; е) права, свободи та обов'язки, які входять в правовий статус особистості, характеризуються єдністю, що виявляється в їх соціально-економічному призначенні.

Правовий статус і працівника, і роботодавця має галузевий характер: їх права та обов'язки визначаються нормами трудового права. В основі їх правового статусу полягає їх фактичне положення, необхідне для досягнення їх цілей, задоволення прагнень та бажань. Водночас правовий статус працівника і роботодавця — комплексна, інтеграційна категорія, яка відображає взаємовідносини держави, працівника і роботодавця в процесі функціонування підприємства, установи чи організації. Тому важливо, щоб сторони трудового договору чітко уявляли свій стан, свої права і обов'язки. Поняття правовий статус працівника і роботодавця має широкий і вузький вимір. У широкому вимірі це: правові норми, що встановлюють даний статус; правосуб'єктність; основні права і обов'язки; законні інтереси; юридична відповідальність; правові принципи регулювання цього різновиду суспільних відносин; правовідносини в цій сфері. У вузькому вимірі — це сукупність прав і обов'язків, якими володіють суб'єкти відповідних правовідносин. Ці права і обов'язки складають основний зміст, ядро правового статусу працівника і роботодавця.

Таким чином, основою «ядром» правового статусу працівника і роботодавця є їх трудові права та обов'язки. Суб'єктивними правами і обов'язками володіє кожний працівник як учасник трудових правовідносин. Ці права, а до них слід віднести право на працю, на відпочинок, на здорові і безпечні умови праці тощо, визначають правовий статус працівника. Компонентом врегулювання поведінки працівників в рамках трудових правовідносин є також їх трудові обов'язки. До таких обов'язків необхідно віднести сукупність належних дій працівників, що пов'язані з їх участю, особистою працею у виконанні завдань того підприємства, з яким вони перебувають у трудових правовідносинах. Обсяг і характер трудових обов'язків залежить від багатьох чинників і конкретизуються стосовно до роду роботи (спеціальність, кваліфікація, посада) і особи працівника. Отже, трудові права та обов'язки працівників і роботодавців є основою їх правового статусу і тим засобом, за допомогою якого відбувається зв'язок між ними в індивідуальних трудових правовідносинах. Правовідношення — це зв'язок між людьми за допомогою суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Це особлива форма зв'язку, зв'язок через права та обов'язки, які закріплені в нормах об'єктивного права. Носій суб'єктивного права — особа уповноважена, носій юридичного обов'язку — особа зобов'язана. В правовідношенні уповноваженій особі завжди протистоїть особа зобов'язана, будь-то інша людина, організація, державний орган чи держава у цілому. У цьому ключі трудові правовідносини, які виникають між працівником та роботодавцем під час укладення трудового договору чи контракту мають саме індивіду-

альний характер. Індивідуалізація тут відбувається як поіменно, так і за назвою соціальних ролей.

### Література

1. Барабаш О. Щодо властивостей трудових правовідносин // Право України. — 1998. — № 3. — С. 63–66.
2. Бару М. Правове регулювання трудових відносин: закон, мораль, справедливість // Право України. — 1998. — № 2. — С. 54–56.
3. Воловик В. Про трудовий статус державних службовців // Право України. — 1997. — № 1. — С. 63.
4. Диносова Ю. С. Громадяни як суб'єкти трудового права // Правова держава в дослідженнях працівників-початківців. — 2003. — С. 235–238.
5. Пилипенко П. Д. Проблеми теорій трудового права / П. Д. Пилипенко — Л., 1999. — 243 с.
6. Ярошенко О. До питання трудової правосуб'єктності працівників // Право України. — 1999. — № 3. — С. 74–76.

### Анотація

**Римар І. А.** Зміст індивідуальних трудових відносин. — Стаття.

Дана стаття присвячена змісту індивідуальних трудових відносин, розкриттю їх сутності і значення для науки і практики трудового права. Аналізується юридичний та матеріальний зміст індивідуальних трудових відносин. У статті розглядаються питання визначення правового статусу суб'єктів індивідуальних трудових правовідносин.

**Ключові слова:** трудові правовідносини, індивідуальні трудові відносини, працівник, роботодавець, правовий статус.

### Аннотация

**Римар И. А.** Содержание индивидуальных трудовых отношений. — Статья.

Статья посвящена содержанию индивидуальных трудовых отношений, раскрытию их сущности и значения для науки и практики трудового права. Анализируется юридическое и материальное содержание индивидуальных трудовых отношений. В статье рассматриваются вопросы определения правового статуса субъектов индивидуальных трудовых правоотношений.

**Ключевые слова:** трудовые правоотношения, индивидуальные трудовые отношения, работник, работодатель, правовой статус.

### Summary

**Rymar I. A.** Contents of individual labor relations. — Article.

A scientific article is devoted contents of individual labor relations, uncovering their essence and significance for the science and practice of labor law. Also, the thesis is devoted to the complex analysis jurisdiction and material contents of individual labor relations. The article is devoted to examination of questions of legal status of subjects of individual labour relations.

**Keywords:** fundamental labor rights, individual labor relations, employee, employer, legal status.

### ВІДМІННІСТЬ ДЕРЖАВНОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ДОПОМОГИ ВІД ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ

Державна соціальна допомога та державне соціальне страхування — це одні з основних організаційно-правових форм соціального забезпечення в Україні.

Соціальна допомога — це одна з основних форм підтримки державою осіб, чие матеріальне становище з різних причин не відповідає загальноприйнятому рівню забезпечення або є нижчим від межі забезпеченості, визначеної законодавством. Сьогодні матеріальну підтримку в рамках державної соціальної допомоги щомісячно отримують понад три мільйони родин і громадян з низькими рівнями доходів. Загальні бюджетні видатки, що спрямовуються на підтримку цих категорій осіб через виплату різних видів допомог, сягають майже 3 млрд грн.

Отже, соціальна допомога є однією з гарантій держави, яка надається найбільш уразливим верствам населення в разі настання певних соціальних ризиків. Завданням соціальної допомоги є полегшення матеріального стану людей, які опинилися у скрутному матеріальному становищі та потребують підтримки з боку держави, незалежно від їхньої трудової діяльності та наявності страхового стажу.

Державна соціальна допомога має властиві лише їй правові ознаки і особливості, які відрізняють її від інших видів матеріального забезпечення і соціальних послуг, в тому числі і від виплат за соціальним страхуванням.

Такими ознаками і особливостями державної соціальної допомоги є:

- законодавче визначення умов і порядку призначення і виплати допомог, що означає право громадян вимагати від відповідних державних органів за наявності передбачених законом обставин призначення того чи іншого виду соціальної допомоги і, відповідно, обов'язок відповідних державних органів за результатами розгляду поданих документів вирішити питання про призначення чи відмову в призначенні відповідної допомоги;

- відсутність єдиного законодавчого акта, який би вміщував в себе усю систему державної соціальної допомоги;

- надання державної соціальної допомоги у грошовій (наприклад, компенсації, допомоги) та натуральній (наприклад, забезпечення продуктами харчування, одягом, взуттям, ліками тощо) формах, а також у формі соціального обслуговування (наприклад, надання соціальних послуг);

- адресність соціальної допомоги, що передбачає цільову спрямованість допомоги, яка виявляється в матеріальній підтримці громадян, які в силу тих чи інших соціальних випадків (тимчасова втрата працездатності, збільшення витрат у сім'ї, пов'язаних з народженням або похованням тощо) потребують такої допомоги;

— фінансування соціальної допомоги за рахунок Державного бюджету (як правило, таке фінансування здійснюється у вигляді перерахування субвенцій до місцевих бюджетів);

— можливість отримання особою державної соціальної допомоги незалежно від інших джерел її існування (наприклад, допомога по народженню дитини, допомога при усиновленні дитини, допомога на дітей одиноким матерям);

— незалежність державної соціальної допомоги від трудової діяльності особи, сплати нею внесків до страхових фондів та наявності у неї страхового стажу;

— безоплатність та безеквівалентність державної соціальної допомоги;

— обмеженість виплат за соціальною допомогою визначеним періодом (наприклад, допомоги на дітей виплачуються до досягнення ними відповідного віку, допомоги малозабезпеченим сім'ям надаються терміном на шість місяців тощо);

— соціальна допомога надається, як правило, з врахуванням рівня доходу, який має особа, що потребує такої допомоги. У деяких випадках розмір допомоги може встановлюватися у твердій сумі, у відсотковому значенні до величини прожиткового мінімуму (наприклад, допомога дітям-інвалідам та інвалідам з дитинства) або співвідноситься з гарантованим рівнем забезпечення такого мінімуму (наприклад, допомога малозабезпеченим сім'ям).

Таким чином, особливістю сфери соціальної допомоги є те, що у загальному вигляді обов'язок щодо організації і надання соціальної допомоги покладається на державу. Держава бере на себе виконання соціально-забезпечувальної функції, яка складає частину загальної спрямованості держави щодо забезпечення прав і свобод громадян та їх гарантій (ст. 3 Конституції України) [1, ст. 3].

Отже, під допомогою з соціального забезпечення можна розуміти гарантовані законодавством разові або періодичні (щомісячні) грошові виплати, які надаються з метою матеріальної підтримки громадян, що в силу визначених законом соціальних випадків потребують такої допомоги незалежно від наявності у них будь-яких інших джерел доходів.

Загальнообов'язкове державне соціальне страхування — це система прав, обов'язків і гарантій, яка передбачає надання соціального захисту, що включає матеріальне забезпечення громадян у разі хвороби, повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати страхових внесків власником або уповноваженим ним органом, громадянами, а також бюджетних та інших джерел, передбачених законом [2, ст. 1].

Основна мета соціального страхування — забезпечити достатній рівень компенсації доходу працюючих у разі втрати ними працездатності (повної, часткової чи тимчасової) або роботи й проведення у зв'язку з цим реабілітаційних заходів.

Таким чином, соціальне страхування уявляє собою таку організаційно-правову форму державного соціального забезпечення, яка базується на виплатах зі спеціальних фондів, що створюються за рахунок внесків роботодавців, застрахованих працівників та інших джерел.

Можна виділити характерні ознаки і особливості державного соціального страхування:

- законодавче визначення умов і порядку здійснення загальнообов'язкового державного соціального страхування;
- передумовою виникнення страхових правовідносин та здійснення виплат за соціальним страхуванням виступають соціальні (страхові) ризики (каліцтво, смерть внаслідок нещасного випадку, хвороба, безробіття, втрата працездатності, народження, смерть, досягнення певного віку тощо);
- надання застрахованим особам матеріального забезпечення та соціальних послуг, визначених законом;
- імовірний характер відносин, який передбачає неможливість визначення заздалегідь конкретного страховика, час настання страхового випадку, виплат, які повинні здійснюватися у такому випадку тощо;
- обов'язковість сплати особами, визначеними законом, єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування;
- фінансування матеріального забезпечення та соціальних послуг у сфері соціального страхування за рахунок коштів страхових фондів;
- поворотність коштів соціального страхування, що полягає в тому, що страхові платежі, які здійснювалися застрахованою особою після акумулювання їх у відповідному страховому фонді, підлягають виплаті застрахованій особі (за відрахуванням передбачених законом витрат) у разі настання страхового випадку;
- цільове використання коштів загальнообов'язкового державного соціального страхування, тобто витрачання страхових ресурсів здійснюється виключно в чітко визначених випадках, що обумовлено умовами договору;
- виплати за соціальним страхуванням надаються незалежно від матеріального стану особи (наприклад, пенсії, допомога по тимчасовій непрацездатності, допомога по безробіттю тощо), але залежно від трудової діяльності особи, сплати нею внесків до страхових фондів та наявності у неї страхового стажу;
- для отримання виплат за соціальним страхуванням основною умовою є те, щоб людина була застрахована в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування. Цим вона отримує право на пенсії, допомоги та інші виплати і соціальні послуги.

Таким чином, соціальне страхування пов'язано зі збором страхових сум лише в сфері праці, все інше населення не притягується до участі в такому страхуванні. Однак це не позбавляє права громадян приймати участь в різних формах добровільного страхування.

Отже, через систему державного соціального страхування здійснюються такі виплати: допомоги у зв'язку із тимчасовою, частковою чи повною втратою працездатності; трудовим каліцтвом або професійним захворюванням; з безробіття; допомоги по вагітності та пологах; на поховання; пенсії; компенсація вартості путівок на лікування й відпочинок та ін.

Через систему державної соціальної допомоги здійснюються наступні виплати: допомоги у зв'язку з загальним захворюванням; інвалідам; у зв'язку

з малозабезпеченістю; допомоги по вагітності та пологах; по догляду за дітьми; допомоги особам, які не мають право на пенсію; дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів; житлові субсидії та ін.

Суб'єктами соціальної допомоги та соціального страхування є фізичні особи, які потребують такої допомоги та відповідні органи, які зобов'язані призначити і надавати матеріальне забезпечення. У зв'язку з цим існують відмінності за суб'єктами призначення та отримання виплат за державною соціальною допомогою та державним соціальним страхуванням.

Так, право на матеріальне забезпечення за державним соціальним страхуванням забезпечується особам, які застраховані в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування та сплачують відповідні внески до страхових фондів.

Суб'єктами соціального страхування є страховики — цільові страхові фонди (з пенсійного страхування; медичного страхування; страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням; страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань; страхування на випадок безробіття), страхувальники (роботодавці, а в окремих випадках — застраховані особи), застраховані особи, а в окремих випадках — члени їх сімей.

Право на державну соціальну допомогу мають особи, які не застраховані у системі загальнообов'язкового соціального страхування, а також особи, які хоч і є застрахованими, але їхні доходи внаслідок об'єктивних причин знизилися нижче за прожитковий мінімум, встановлений законом.

Державна соціальна допомога призначається та виплачується органами соціального захисту населення. Виплати у рамках соціального страхування здійснюються на підприємствах роботодавцями за рахунок коштів страхових фондів.

Фінансове забезпечення при соціальному страхуванні особи здійснюється за рахунок страхових внесків роботодавця і працівника, які акумулюються у соціальних страхових фондах, а при забезпеченні соціальною допомогою — за рахунок державного й комунальних бюджетів.

Державні соціальні допомоги не пов'язані із загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням. Вони мають так званий адресний характер і їх розмір, як правило, значно нижче, ніж соціальні виплати, які здійснюються за рахунок соціального страхування. Отже, в умовах переходу України до ринкової економіки соціальна допомога слугує додатковим до виплат із фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування джерелом матеріального підтримання життєвого рівня населення.

Таким чином, можна виділити основні відмінності державної соціальної допомоги від виплат за державним соціальним страхуванням:

- за джерелом фінансування виплат;
- за суб'єктами отримання матеріального забезпечення та соціальних послуг;
- за суб'єктами надання матеріального забезпечення та соціальних послуг;
- за розмірами матеріального забезпечення;

- за періодом, на який призначаються виплати;
- державна соціальна допомога надається за принципом адресності та при її призначенні може враховуватися рівень доходу, який має особа, що її потребує.

### Література

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 року № 16/98-ВР // Офіційний вісник України. 1998. № 6. Ст. 219.
3. Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям : Закон України від 1 черв. 2000 р. № 1768-III // Офіційний вісник України. — 2000. — № 26. — Ст. 1078.

### Анотація

**Тарасенко В. С.** Відмінність державної соціальної допомоги від державного соціального страхування. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню правових ознак та особливостей, які відрізняють державну соціальну допомогу від матеріального забезпечення за державним соціальним страхуванням. У статті пропонуються критерії, за якими можна встановити такі відмінності.

**Ключові слова:** державна соціальна допомога, державне соціальне страхування, відмінності державної соціальної допомоги від виплат за державним соціальним страхуванням.

### Аннотация

**Тарасенко В. С.** Отличие государственной социальной помощи от государственного социального страхования. — Статья.

Статья посвящена определению признаков и особенностей, отличающих государственную социальную помощь от материального обеспечения по социальному страхованию. В статье предлагаются критерии, по которым можно установить такие отличия.

**Ключевые слова:** государственная социальная помощь, государственное социальное страхование, отличие государственной социальной помощи от выплат по государственному социальному страхованию.

### Summary

**Tarasenko V. S.** Difference between social support and social insurance. — Article.

This article deals with defining the legal features and peculiarities which differ state social support from material support under social insurance. The criteria according to which we can distinguish such peculiarities are offered in the given article.

**Keywords:** state social support, state social insurance, peculiarities of state social support and state social insurance payments.

**THE RIGHT TO VOCATIONAL TRAINING, RETRAINING  
AND PROFESSIONAL DEVELOPMENT AS A FUNDAMENTAL  
PERSONAL NON-PROPERTY LABOUR RIGHT**

Vocational skills development — together with basic education — is one of the main preconditions for economic and social development. Globalisation, ageing populations, urbanisation and the evolution of social structures also accelerate the pace of change in labour market and skills requirements. A great contribution to the study of legal regulation in the sphere of training, retraining and professional development of employees made labour law specialists: V. N. Artemova, M. I. Baru, B. K. Begichev, E. V. Magnitskaya, M. V. Molodtsov, Y. P. Orlovsky, A. Pashkov, V. G. Soifer, V. N. Uvarov, G. Sapargaliev, K. P. Urzhinsky, A. V. Yarkho.

The cornerstones of a policy framework for developing a suitably skilled workforce are: broad availability of good-quality education as a foundation for future training; a close matching of skills supply to the needs of enterprises and labour markets; enabling employees and enterprises to adjust to changes in technology and markets; and anticipating and preparing for the skills needs of the future.

When applied successfully, this approach nurtures a virtuous circle in which more and better education and training fuels innovation, investment, economic diversification and competitiveness, as well as social and occupational mobility — and thus the creation of more but also more productive and more rewarding jobs.

Good-quality primary and secondary education, complemented by relevant vocational training and skills development opportunities, prepare future generations for their productive lives, endowing them with the core skills that enable them to continue learning.

Young women and men looking for their first jobs are better prepared for a smooth transition from school to work when they are given adequate vocational education and training opportunities, including in-work apprenticeships and on-the-job experience.

Working women and men periodically need opportunities to update their skills and learn new ones. Lifelong learning for lifelong employability captures the guiding policy principle here.

In many developing countries, the range of vocational skills development opportunities is insufficient. Existing options are usually limited to urban areas. Apprenticeships tend to be designed for the formal sector and are not sufficiently geared to economic demand. Moreover, there are high formal access barriers to be overcome. Dynamic economic development necessitates flexible training and further education opportunities. These must enhance not only specific professional skills but also basic personal competences and social skills. The situation of poor and disadvantaged population groups also requires the development of appropriate

opportunities accessible to people with low elementary schooling. They should enable the reintegration of unemployed persons in the job market, address the needs of the informal market as well as of persons living in rural regions, and in particular promote self-employment. It is also important to ensure a good level of basic education which vocational skills development can build on and consolidate, where necessary.

The aim of vocational training in the EU policy context is to produce a highly skilled and adaptable workforce.

Training and skills development is understood in broad terms, covering the full sequence of life stages. Basic education gives each individual a basis for the development of their potential, laying the foundation for employability. Initial training provides the core work skills, general knowledge, and industry based and professional competencies that facilitate the transition from education into the world of work. Lifelong learning maintains individuals' skills and competencies as work, technology and skill requirements change.

Education and training is singled out as a crucial factor favouring greater employability. It indeed has many benefits. First, it contributes to increasing the human capital and skills base of the population. Therefore, it is a necessary precondition for modernising labour market policies, which can in turn combine flexible employment patterns with adequate security. Consequently, education and training allows for greater 'flexicurity' and can thus benefit both employers and employees.

Skills development is a key factor in the employability of employees and the sustainability of enterprises. One of the objectives of skills development systems is therefore to ensure that the skills acquired match the skills valued in the workplace. Skills development systems must also help employees and enterprises adjust to change and handle new conditions. These may be triggered by climate change, globalization, demographic trends, technological progress or financial crisis.

Particularly, climate change is a major driver of technological change and innovation in the search for measures and policies to mitigate or help adjust to its effects [1]. «Green jobs» are defined as decent work which contributes to the preservation or the restoration of the quality of the environment [2].

The notion of «green jobs» has become an emblem of a more sustainable economy and society. Jobs in all economic sectors are subject to «greening», but six sectors have particular salience in this respect: energy supply, especially of renewable energy; construction; transportation; basic industry; agriculture; and forestry. Millions of green jobs already exist worldwide [3, 13].

For instance, in Spain, high oil prices hurt the competitiveness of the automotive industry in Navarre in the 1980s and 1990s. Unemployment in the region soared to 13 per cent in 1993. The regional government, working with industry, promoted wind-generated electricity as an alternative source of employment as much as an alternative source of energy. Since then Navarre, a small region of Spain with a population of just 620,000 has become Europe's sixth largest producer of wind

power. The policy mix incorporated environmental and skill measures to respond to an immediate economic crisis through a long-term development strategy. In the current economic and employment downturn, Navarre boasts the lowest unemployment levels of any region in the country. In the Environmental Training Plan of the Autonomous Community of Navarre, begun in 2002, the regional government responded to assessments carried out with regional industry showing that skills gaps were opening up in areas not covered by initial vocational training and were largely company-specific. To meet this need, the regional government and enterprises set up a public training centre for renewable energies [4, 37].

Education, vocational training and lifelong learning are central pillars of employability, employment of employees and sustainable enterprise development.

Austria is one of the countries (including Germany and Switzerland) which, alongside vocational training in schools and company in-service training and further training, has established the dual system of vocational training as a particularly important institution. Under this system, which is regulated by the 1969 Vocational Training Act, training in a range of occupations specified by ministerial order is provided in the context of an apprenticeship relationship combining practical on-the-job training from an employer (this element constitutes some 80 % of the training) with compulsory attendance by the apprentice for a specified number of hours at a vocational training school for theoretical instruction. The usual period of apprenticeship is three years, and it culminates in a final examination conducted by a special board set up for the purpose.

The apprenticeship relationship is based on a written apprenticeship contract concluded between an approved apprenticeship employer and the apprentice. If the latter is still a minor (although he or she must have at least completed compulsory schooling) the consent of the apprentice's legal representative is required. Authorization as an approved apprenticeship employer is restricted to employers who possess the necessary occupational expertise, have passed the relevant qualifying examination (or have appointed a qualified instructor) and operate an establishment appropriate to the form of training concerned (which is subject to official inspection). Where the employer is a legal person or a partnership under commercial law, the appointment of a qualified instructor is an essential precondition. Under the apprenticeship relationship, employers are responsible for ensuring that an apprentice receives appropriate practical training in the recognized apprenticed occupation concerned, either from themselves or from other suitable persons, and also for releasing the apprentice from work for the time needed to attend a vocational training school. Apprentices, for their part, are responsible for endeavouring to acquire the skills and knowledge needed for the apprenticed occupation in question and properly to perform the work assigned to them as part of their training. In return, they are entitled to, and their employer is obliged to pay them, an apprenticeship allowance which is in principle fixed by the relevant provisions of the applicable collective agreement. The duration of the relationship varies according to the apprenticeship period specified for the occupation in question. Although as a general principle it cannot be terminated

unilaterally, it ends prematurely if supervening circumstances make its continuation impossible (such as the apprentice's death) or if either party terminates it without notice for a substantial reason. After an apprentice has successfully passed the final examination, which ends the relationship automatically, the apprenticeship employer is required by law to continue employing him or her in the occupation that has been learned for a further four months. This is intended to facilitate a transition to a manual worker or white-collar worker employment relationship with the same employer.

The main advantage of this dual system lies in its strong practical slant. The method of training within firms at relatively low pay is reflected in a relatively low level of youth unemployment. Furthermore, at a time when schools are increasingly concentrating on imparting specialized knowledge, on-the-job training promotes integration into working life and independence more effectively than a purely scholastic training.

Whereas for a long time there was a surplus of apprenticeship places and business and industry complained that there were too few apprentices, talking of a growing shortage of skilled workers, in recent years there has come to be an acute shortage of places. Over the past decade, the number of employers offering apprenticeship places has dropped by around 25%. Problems also arise from the fact that apprenticeship is strongly associated with the small-scale craft tradition. More than half of all apprentices are trained in craft occupations, with 20% in retail distribution, 10% in tourism and only a sixth in manufacturing industry. Most training is provided in small firms and is therefore closely related to their particular activities, whereas large companies have apprentice workshops which also provide a systematic basic training. The latter, however, produce trained apprentices only in numbers to meet their own needs, while small firms train more than they need. In addition, training is concentrated on a small number of occupations: although there are over 230 recognized apprenticed occupations, over 60% of all female apprentices are trained in three occupations and half of all male apprentices in ten occupations.

Vocational training has always had an impact on the increased mobility of in employees Portugal, leading to 13 % greater mobility, on average, or a 5 % increase when comparing similar companies. Another positive effect of vocational training is the small rise in the probability of an employee moving from a short-term to a permanent employment contract — which increases by an average of 0.6 %, or by 2.8 % when comparing similar companies. Vocational training has a significant impact on the probability of a greater number of merit-based promotions in enterprises: on average, the probability of promotion based on merit increases by 74 %. When comparing companies with similar characteristics, this differential amounts to 24.7 %, which is still a high value.

Consequently, effective skills development requires a holistic approach. This approach encompasses the following features:

1) continuous and seamless pathways of learning that start with pre-school and primary education that adequately prepares young people for secondary and higher

education and vocational training; that provide career guidance, labour market information, and counseling as young women and men move into the labour market; and that offer employees and entrepreneurs opportunities for continuous learning to upgrade their competencies and learn new skills throughout their lives;

2) development of core skills — including literacy, numeracy, communication skills, teamwork and problem-solving and other relevant skills — and learning ability — as well as awareness of employees' rights and an understanding of entrepreneurship as the building blocks for lifelong learning and capability to adapt to change;

3) development of higher level skills — professional, technical and human resource skills to capitalize on or create opportunities for high-quality or high-wage jobs;

4) portability of skills is based firstly on core skills to enable employees to apply knowledge and experience to new occupations or industries and secondly on systems that codify, standardize, assess and certify skills so that levels of competence can be easily recognized by social partners in different labour sectors across national, regional or international labour markets;

5) employability (for wage work or self employment) results from all these factors — a foundation of core skills, access to education, availability of training opportunities, motivation, ability and support to take advantage of opportunities for continuous learning, and recognition of acquired skills — and is critical for enabling employees to attain decent work and manage change and for enabling enterprises to adopt new technologies and enter new markets [5, 2, 3].

Workplace training has many advantages. It provides a strong learning environment, it can improve transition from school to work by allowing employers and potential employees to get to know each other, it contributes to the output of the training firm, and it links training provision to a direct expression of employer needs. To take full advantage of workplace training, the training needs to be of high quality and employers need to be willing to provide it. This means good quality assurance mechanisms, balanced by effective incentives for employers.

Improving productivity is not an end in itself, but a means to improving employees' lives, enterprises' sustainability, social cohesion and economic development. Continued improvement of productivity is also a condition for competitiveness and economic growth. Productivity gains arising from skills development should be shared between enterprises and employees — including through collective bargaining — and with society in order to sustain the virtuous circle of improved productivity, employment growth and development, and decent work.

Employees can benefit from skills development and productivity gains if translated into better working conditions, respect for labour rights, further training, adaptability to changes, better employment prospects, higher wages and other factors that contribute to a better quality of life.

Enterprises will benefit from skills development and productivity gains by reinvesting in product and process innovations, diversifying business activities, maintaining and improving competitiveness and market share.

Nevertheless, skills development will not automatically lead to improved productivity or more and better jobs unless there is a conducive economic and social environment to translate productivity improvement into employment growth and development. Other critical factors include: respect for employees' rights, gender equality, health and safety standards; good labour relations; effective social protection; good leadership and a high standard of organizational processes; and effective and active labour market policies and employment services.

The education, training and employment policies of Ukraine must focus on increasing and adapting skills and providing better learning opportunities at all levels, to develop a workforce that is high skilled and responsive to the needs of the economy. Similarly, businesses must have an acute interest in investing in human capital and improving their human resource management. Moreover, gender equality is a key factor to responding to new skills needs.

### Literature

1. Laura MacInnis, «Millions of Jobs at Risk from Climate Change: UN,» Environmental News Network, 12 November 2007. A recent study sketches likely employment effects of climate change in a European context. See Sophie Dupressoir et al., Climate Change and Employment: Impact on Employment in the European Union-25 of Climate Change and CO2 Emission Reduction Measures by 2030 (Brussels: European Trade Union Confederation (ETUC), Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), Social Development Agency (SDA), Syndex, and Wuppertal Institute, 2007), pp. 14-31// [Electronic resource]. — Mode of access: [www.tradeunionpress.eu/Web/EN/Activities/Environment/Studyclimatechange/report.pdf](http://www.tradeunionpress.eu/Web/EN/Activities/Environment/Studyclimatechange/report.pdf).
2. Green Jobs. Towards Decent Work in a Sustainable, Low-Carbon World, UNEP/ILO/IOE/ITUC, September 2008[Electronic resource]. — Mode of access: [www.unep.org/PDF/UNEPGreenjobs\\_report08.pdf](http://www.unep.org/PDF/UNEPGreenjobs_report08.pdf).
3. A Skilled Workforce for Strong, Sustainable and Balanced Growth: A G20 Training Strategy International Labour Office. — Geneva, 2010. — 41 p.
4. Skills for green jobs. European synthesis report. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. — 102 p.
5. Conclusions on skills for improved productivity, employment growth and development, International Labour Conference, 2008 / International Labour Office. — Geneva: ILO, 2008. — 24 p.

### Summary

**Lagutina I. V.** The right to vocational training, retraining and professional development as a fundamental personal non-property labour right. Article.

This article analyzes the content of the right of the employee on training, retraining and professional development. Human resource development and training based on basic social values — equality, justice, gender equality, elimination of discrimination, social responsibility.

**Keywords:** decent work, vocational skills development, employability, personal non-property labour rights.

### Анотація

**Лазутіна І. В.** Право на професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації як одне із основних особистих немайнових трудових прав. — Стаття.

У статті аналізується зміст права працівника на професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації. Підкреслюється, що розвиток людських ресурсів і підготовка кадрів спираються на основні соціальні цінності — рівність, справедливість, гендерну рівність, недопущення дискримінації, соціальну відповідальність.

**Ключові слова:** гідна праця, розвиток професійних навичок, працевдатність, особисті немайнові трудові права.

## Аннотация

*Лагутина И. В.* Право на профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации как одно из основных личных немущественных трудовых прав. — Статья.

В статье анализируется содержание права работника на профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации. Подчеркивается, что развитие человеческих ресурсов и подготовка кадров опираются на основные социальные ценности — равенство, справедливость, гендерное равенство, недопущение дискриминации, социальную ответственность.

*Ключевые слова:* достойный труд, развитие профессиональных навыков, трудоспособность, личные немущественные трудовые права.

УДК 349.2:331.109(4/8).001.36

Є. В. Краснов

## ОСНОВНІ ТРУДОВІ ПРАВА У ЗАРУБІЖНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Каталог основних трудових прав, закріплених у конституціях, а в деяких країнах також у трудових кодексах зарубіжних країн, включає наступні права: право на працю, заборона примусової праці, свобода вибору професії, рівність і заборона дискримінації у сфері праці, право на відпочинок, право на справедливу заробітну плату, рівна винагорода чоловічої та жіночої праці, право на об'єднання працівників (у профспілки) і роботодавців (в організації роботодавців), право на участь в управлінні виробництвом, право на колективні переговори і договори, право на трудові спори, право на страйк, заборона застосування дитячої праці, право на здорові та безпечні умови праці, право на охорону праці жінок, вагітних жінок, інвалідів, охорона материнства та батьківства, працівників похилого віку, право на роботу в умовах, не принижуючих людську гідність, право на просування по службі, право на справедливе відшкодування шкоди, заподіяної працівникові нещасним випадком на виробництві та професійним захворюванням, право на професійну підготовку і перепідготовку. У конституціях зарубіжних країн обсяг та зміст зазначених прав відрізняються. Основні трудові права у більшості зарубіжних країн закріплені у конституціях, а у деяких країнах — також у трудових кодексах.

Чимало зарубіжних країн уникають проголошення у трудовому законодавстві прав декларативного характеру. Існує точка зору, що права, які закріплюються в актах трудового законодавства, повинні мати конкретний, нормативно-приписаний характер і не походити на гасла, що відображують певні світоглядні позиції і носять у багатьох випадках більшою мірою пропагандистський характер.

Оскільки обмежений об'єм публікації не дозволяє в повній мірі розкрити всі перелічені права, в рамках статті зупинимось лише на деяких з них.

Право на відпочинок проголошено у конституціях і у трудових кодексах. В одних країнах це право сформульовано як загальна декларація. В інших — більш чи менш докладно розшифровується. Зазвичай зазначається, що право

на відпочинок включає нормування тривалості робочого часу, щоденний і щотижневий відпочинок і оплачувану щорічну відпустку. У конституціях Італії, Хорватії, Македонії встановлено, що працівник не може відмовитися від свого права на щотижневий відпочинок, на щорічну оплачувану відпустку (ст. 36 Конституції Італії, ст. 55 Конституції Хорватії, ст. 32 Конституції Македонії).

По-різному трактується право на справедливую заробітну плату у конституціях зарубіжних країн. У конституціях Італії та Португалії — це винагорода, що відповідає кількості та якості праці (витраченій праці) і є достатньою для забезпечення працівникові (та його родині) гідних умов існування; у конституції Іспанії — це винагорода, яка є достатньою, щоб задовольнити потреби працівника та його родини, у конституції Словаччини — є достатньою для забезпечення гідного життєвого рівня.

Як правило, конституції зарубіжних країн обмежуються проголошенням загальної заборони дискримінації та рівності громадян перед законом. Але у деяких західних країнах (у Франції, Португалії, Італії, Данії), у республіках колишнього СРСР, у країнах Центральної та Східної Європи спеціально декларується заборона дискримінації у сфері праці, зокрема, при працевлаштуванні.

Право на об'єднання декларується майже усіма конституціями. Нерідко у конституціях спеціально проголошується право на об'єднання у профспілки, закріплюються і деталізуються профспілкові права.

У ст.8 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права містяться зобов'язання, що покладені на держави, які беруть участь у цьому пакті, щодо забезпечення права кожної людини утворювати для здійснення і захисту своїх економічних і соціальних інтересів профспілки і вступати до них за своїм вибором за єдиної умови дотримання правил відповідної організації. Право на об'єднання відповідно до ст. 8 Пакту містить наступні елементи: право кожної людини утворювати професійні спілки для здійснення і захисту своїх економічних і соціальних інтересів; право кожної людини вступати до професійних спілок за своїм вільним вибором за умови дотримання правил відповідної організації; право професійних спілок утворювати національні федерації чи конфедерації та право останніх засновувати міжнародні професійні організації або приєднуватися до таких; право професійних спілок функціонувати безперешкодно без будь-яких обмежень, крім тих, які передбачаються законом і які необхідні у демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки або громадського порядку чи для убезпечення прав і свобод інших; право на страйки за умови його здійснення відповідно до законів кожної країни.

Право на створення профспілок у тій чи іншій формі закріпили в конституціях усі держави СНД. По повноті обсягу закріплення та відповідності міжнародним стандартам необхідно виділити Україну, Азербайджан та Російську Федерацію. Так, у ч. 1 ст. 30 Конституції Російської Федерації закріплено право кожного на об'єднання, включаючи створення професійних спілок для захисту своїх інтересів. Конституція також захищає право кожного, хто вступає до спілки: «Ніхто не може бути примушений до вступу до будь-якого об'єднання або перебування у ньому» (ч. 2 ст. 30).

Найбільш повно право на об'єднання закріплено у ст. 36 Конституції України, згідно з якою «громадяни України мають право на свободу об'єднання у ... громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення... економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей». Зміст статті фактично відтворює положення п. 1а) ст. 8 Пакту.

Далі у ст. 36 передбачено: «Громадяни мають право на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів». Розкривається поняття «професійна спілка» і дається стислий перелік умов, за яких вона буде створена: «Професійні спілки є громадськими об'єднаннями, що об'єднують громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної діяльності. Професійні спілки утворюються без попереднього дозволу на основі вільного вибору їх членів. Усі професійні спілки мають рівні права». Конституція захищає права тих, хто вступає до профспілки: «Ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян чи обмежений у правах за належність чи неналежність до політичних партій або громадських організацій». Аналогічну норму містить Конституція Вірменії. У конституціях Білорусі, Грузії, Молдови зазначена норма відсутня.

Порізно у конституціях країн СНД визначено суб'єкта права на об'єднання. В конституціях Азербайджану (ст. 58), Вірменії (ст. 25), Російської Федерації (ст. 30), Таджикистану (ст. 28) визнається дане право за «кожним», Грузії (ст. 26) — для «всіх», Молдови (ст. 42) — «для будь-якого працівника». Водночас багато держав: Білорусь (ст. 41), Казахстан (ст. 23), Узбекистан (ст. 34), Туркменистан (ст. 28), у тому числі Україна (ст. 36) суб'єктом права на свободу об'єднання визначають лише громадян своєї держави, наділивши їх відповідними правами.

Конституції деяких держав СНД, закріпивши право на утворення профспілок, не захистили прав осіб, які вирішили не вступати у профспілку або вийти з неї. Пункт а) ст. 8 Пакту надає це право «кожній людині». Конституції Азербайджану (ст. 67), Вірменії (ст. 25), Російської Федерації (ст. 30) і Таджикистану (ст. 28) визнали це право за «кожною людиною», що відповідає міжнародним стандартам. Конституція Узбекистану без зазначення суб'єкту права визначає добровільне членство у профспілках (ст. 59), що можна визнати як відповідність міжнародно-правовій нормі. Водночас Конституції Білорусі, Грузії, Казахстану, Киргизстану, Молдови і Туркменистану не закріпили зазначене право для людини і громадянина.

Конституція України також визначає, що усі об'єднання громадян рівні перед законом. У більшості конституцій СНД така норма відсутня.

У конституціях зазначених країн закріплено низку положень щодо прав самих професійних спілок. Так, Конституція Азербайджану гарантує вільну діяльність усіх об'єднань (ст. 58). Закріплюючи свободу діяльності всіх об'єднань, Конституція Російської Федерації забороняє діяльність громадських об'єднань, цілі або дії яких спрямовані на насильницьку зміну основ конституцій-

ного ладу та порушення цілісності Російської Федерації, підриє безпеки держави, утворення військових формувань, розпалювання соціальної, расової, національної та релігійної ворожнечі (ст. 13).

Вірменія, Білорусь, Грузія, Молдова у своїх конституціях також визнали положення Пакту про утворення професійних спілок і відобразили їх у своїх конституціях, хоча й не так повно як вищезазначені держави.

Конституції Вірменії, Казахстану, Киргизстану і Таджикистану, закріпивши право на утворення професійних спілок і надавши їм можливість функціонувати безперешкодно, не встановили навіть мінімальні обмеження їх діяльності в цілях «державної безпеки та громадського порядку» (п. с) ст. 8 Пакту). Стаття 36 Конституції майже дослідно відтворює відповідні положення Пакту.

У Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права право на страйк визнається елементом змісту права на свободу об'єднання. Усі держави СНД, крім деяких держав, передбачили зазначене право у своїх конституціях. Тільки конституції Узбекистану, Таджикистану і Туркменистану, надавши можливість діяльності професійним спілкам, хоча й з деякими обмеженнями, не закріпили право трудящих на страйк, що не відповідає міжнародним стандартам.

Право на страйк закріплено і досить докладно розкрито у ст. 43 Конституції Азербайджану: «Кожен має право страйкувати самостійно або сумісно з іншими. Право на страйк працюючих на підставі трудового договору може бути обмежене тільки у випадках, передбачених законом. Індивідуальні та колективні трудові спори вирішуються у порядку, встановленому законом» (ст. 36). У даній статті звужено коло осіб даного права: «Не можуть страйкувати військовослужбовці та цивільні особи, службовці у Збройних Силах та інших військових формуваннях Азербайджанської Республіки». Досить докладно право на страйк закріплено і у ст. 44 Конституції України.

Конституція Російської Федерації, на відміну від Конституції Азербайджану, в частині закріплення права на страйк обмежилася лише стислим формулюванням: «Визнається ...право на страйк» (ст. 37).

Що стосується суб'єкта права на страйк, то в конституціях Азербайджану і Російської Федерації ним визнається «кожний», України — «працюючий», тоді як в Білорусі таким правом володіє тільки «громадянин» держави. Право на страйк, за умови його здійснення відповідно до закону, в Конституції відобразив Киргизстан, визнавши це право тільки за громадянами своєї держави.

У міжнародних актах проголошується право на справедливі та сприятливі умови праці. Відповідно до Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права основними елементами даного права є: право на справедливую зарплату; право на рівну, недискримінаційну винагороду за працю рівної цінності; право жінок на гарантовані й такі, що не гірші, ніж у чоловіків, умови праці; право жінок на рівну оплату за рівну працю; право працівників на винагороду, що забезпечує задовільне існування для нього та його сім'ї; право працівника на умови праці, що відповідають вимогам безпеки і гігієни; право на однакову можливість просування по роботі на відповідні більш високі

ступені виключно на підставі трудового стажу і рівня кваліфікації; право на відпочинок; право на дозвілля; право на розумне обмеження робочого часу; право на оплачувану періодичну відпустку; право на винагороду за святкові дні.

Серед конституцій держав-учасниць СНД найбільш повно ці права зафіксовані в конституціях Білорусі, Російської Федерації, України.

Республіка Білорусь — єдина з держав-учасниць СНД, яка закріпила в Конституції (ст. 41) норми, зафіксовані в п. а) (і) ст. 7 Пакту, про забезпечення задовільного існування для працівників та членів їх сімей. У ст. 42 Конституції Білорусі закріплено певний захист від дискримінації у праві на рівну винагороду за працю рівної цінності. В Конституції Російської Федерації (ст. 7) встановлюється гарантований мінімальний розмір оплати праці.

Що стосується умов праці, що відповідають вимогам безпеки і гігієни (п. б) ст. 7 Пакту), то зазначене право повністю відображено в конституціях Білорусі, України, Російської Федерації, лише з тією відмінністю, що суб'єктом права в Білорусі є «громадянин», в Росії та Україні — «кожен» працюючий.

Право кожного на однакову для всіх можливість просування по роботі виключно на підставі трудового стажу та рівня кваліфікації (п. с) ст. 7 Пакту) у розгорнутому вигляді передбачено тільки в Конституції Білорусі.

Закріплення права на відпочинок у конституціях Білорусі, України та Російської Федерації відповідає положенням п. d) ст. 7 Пакту.

В конституціях інших держав-учасниць СНД — Азербайджану, Вірменії, Киргизстану, Молдови, Таджикистану і Туркменистану — право на справедливі та сприятливі умови праці не отримало такої докладної регламентації, як у конституціях Білорусі, України, Російської Федерації. Втім, за деякими виключеннями, це право закріплено у конституціях зазначених держав у відповідності з міжнародними стандартами. Так, ст. 35 Конституції Азербайджану визнано право кожного отримувати винагороду за свою працю без будь-якої дискримінації не менш мінімального розміру заробітної плати, встановленого державою. Конституції Вірменії (ст. 29), Киргизстану (ст. 29), Молдови (ст. 43) і Таджикистану (ст. 35) схожими формулюваннями закріпили право трудящих на справедливую зарплату і рівну винагороду за працю рівної цінності. Суб'єктами даного права за конституціями зазначених держав стали «кожен» трудящий (Вірменія, Таджикистан), «громадяни» (Киргизстан), «працівники» (Молдова).

Грузія, Казахстан і Узбекистан досить стисло відобразили права, які є елементами права на справедливі та сприятливі умови праці. Пункт а) (і) ст. 7 Пакту відображений в ст. 30 Конституції України в досить лаконічному формулюванні: «Справедлива оплата...визначається законом», і в ст. 24 Конституції Казахстану: «Кожен має право на...винагороду за працю без будь-якої дискримінації».

Конституції Грузії та Казахстану визнали і закріпили норму п.б) ст. 7 Пакту про умови роботи, які відповідають вимогам гігієни і безпеки.

Підводячи підсумки відповідності конституцій СНД положенням ст. 7 Пакту, потрібно відзначити, що досить повно право на справедливі та сприятливі

умови праці відображено в конституціях Азербайджану, Білорусі, України, Російської Федерації й Туркменистану. В цих актах зазначене право конкретизовано і доповнено. Так, Конституцією Азербайджану передбачено надання відпустки не менш одного разу на рік і не менш 21 календарних днів. Республіка Білорусь у своїй Конституції встановила тривалість робочого тижня не більше 40 годин і скоротила тривалість роботи в нічний час. Конституція України зобов'язала державу захищати право працюючих на своєчасне отримання винагороди за працю, а також вставила скорочення робочого дня для окремих професій і виробництв. Конституцією Туркменистану передбачено створення умов, сприятливих для відпочинку за місцем проживання і раціонального використання вільного часу.

Однак деякі держави — учасниці СНД не передбачили в конституціях свої зобов'язання за деякими положеннями Пакту: не передбачили право на отримання винагороди за працю (Узбекистан); задовільні умови життя для працівників та членів їх сімей (Азербайджан, Вірменія, Грузія, Казахстан, Киргизстан, Молдова, Російська Федерація, Узбекистан, Таджикистан, Туркменистан); на умови праці, що відповідають вимогам безпеки і гігієни (Узбекистан); на однакові для всіх можливості просування по роботі на відповідні більш високі ступені виключно на підставі трудового стажу та рівня кваліфікації (Азербайджан, Вірменія, Казахстан, Киргизстан, Молдова, Російська Федерація, Узбекистан, Таджикистан, Туркменистан); на відпочинок, дозвілля, розумне обмеження робочого часу (Грузія).

У багатьох країнах (Франції, Італії, Японії, Іспанії, Туреччині, Португалії, Словаччині, Польщі) у конституціях закріплено право на колективні переговори і договори, частіше у зв'язку з профспілковими правами.

Особливо широке коло профспілкових прав проголошує Конституція Португалії, згідно з якою профспілки, зокрема, вправі брати участь у підготовці законів про працю, висловлювати свою точку зору із законопроектів, що розробляються.

У деяких конституціях (Франції, Італії, Португалії, Хорватії) проголошується право на участь працівників в управлінні організацією. Особливо докладно це право регулюється у ст. 54 Конституції Португалії.

Конституцією Російської Федерації серед основних трудових прав передбачає право на вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів, включаючи право на страйк (ст. 37).

Право на страйк було включено у конституції більшості зарубіжних країн у роки після закінчення Другої світової війни. Вперше це право було закріплено у конституціях Франції та Італії, прийнятих наприкінці 40-х років. В обох конституціях було записано: «Право на страйк здійснюється у рамках законів, які його регламентують» (преамбула до Конституції Франції, абз. 7; Конституція Італії, ст. 40). Основна ідея формулювання права на страйк у французькій та італійській конституціях сприйнята з певними нюансами у багатьох інших конституціях. У найбільшому ступені відповідає інтересам працівників формулювання цього права у Португалії. Там не тільки конституційно (ст. 1, 2,

ст. 57) гарантується право на страйк, а й зазначається, що працівники вправі самі визначати сферу своїх інтересів, яка буде захищатися страйком, при цьому закон не може звужувати цю сферу. Для забезпечення реального здійснення права на страйк португальська конституція забороняє локаути (п. 4 ст. 57).

Конституція Португалії (ст. 59) відносить до основних трудових прав право працівників на організацію роботи у соціальних умовах, що не принижують людську гідність, з метою найбільш повного розкриття людської особистості, зобов'язує державу «забезпечувати працівників соціально гідною роботою, що дає можливості для їх самовираження» (ст. 60). У Статуті прав трудящих Іспанії (ст. 4) зазначається, що основні права працівників включають невтручання в їхнє приватне життя і повагу їхньої особистої гідності.

На підставі аналізу конституцій держав — учасниць СНД, які свого часу ратифікували Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, слід дійти висновку, що держави — учасниці СНД не привели конституційне законодавство у повну відповідність з міжнародними нормами і тим самим не повністю виконали свої міжнародні зобов'язання в цій сфері міжнародного співробітництва. Цілу низку важливих прав і свобод не відображено в конституціях окремих держав СНД, або проголошено декларативно, а деякі з них й зовсім не закріплено. В Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права міститься норма «кожна людина має право...», в конституціях деяких держав СНД замість зазначеної норми закріплюється норма «кожен громадянин має право...».

Найважливіше трудове право — право на працю передбачено в конституціях західних країн, країн, які розвиваються, більшості держав колишнього Союзу РСР. У західних країнах ще за часів СРСР у визначенні змісту права на працю основна увага приділялася свободі праці. Зазначений принцип нині проголошений у конституціях більшості країн СНД. Більшість держав — членів СНД (крім, Білорусі та України) не виконали свої зобов'язання за Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права і навіть зробили крок назад порівняно з Конституцією СРСР 1977 р.

Практично в усіх зарубіжних країнах заборонено примусову працю. В конституціях більшості зарубіжних країн проголошується загальна заборона дискримінації та рівності громадян перед законом, а в деяких країнах окремо заборонено дискримінацію у сфері праці.

Зарубіжний досвід законодавчого закріплення основних трудових прав представляє інтерес для національного законодавця. В конституціях деяких держав закріплено право на участь працівників в управлінні організацією (наприклад, Італії, Франції, Хорватії), право на справедливі та сприятливі умови праці, право на колективні переговори і договори та ін.

### Анотація

*Краснов С. В.* Основні трудові права у зарубіжному законодавстві. — Стаття.

У статті досліджуються трудові права, закріплені у законодавстві зарубіжних країн у порівнянні із нормами чинного національного законодавства.

*Ключові слова:* трудові права, право на страйк, право на відпочинок, на об'єднання.

## Анотація

*Краснов Е. В.* Основные трудовые права в зарубежном законодательстве. Статья.

В статье исследуются трудовые права, закрепленные в законодательстве зарубежных стран в сравнении с нормами действующего национального законодательства.

*Ключевые слова:* трудовые права, право на забастовку, право на отдых, право на объединение.

## Summary

*Krasnov E. V.* Basic labour rights in foreign legislation. Article.

The article deals with the labour rights that fixen in the legislation of foreign countries in comparing with the national legislation.

*Keywords:* labour rights, the right to strike, the right to rest, the right to association.

УДК 349.3

*О. В. Москаленко*

## ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ СОЦІАЛЬНЕ СТРАХУВАННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ

Безробіття є однією з найбільш гострих соціально-економічних проблем в Україні. Його наслідки відбиваються на всьому суспільстві і складають реальну загрозу для благополуччя держави.

Основа безробіття була закладена ще при переході від збанкрутілої командно-адміністративної системи до ринкової економіки, що супроводжувалось падінням виробництва, яке в своїй основі було неконкурентним і неефективним. Відсутність практичного досвіду, теоретичного осмислення шляхів переходу економіки до ринкової, у багатьох випадках неадекватні рекомендації міжнародних фінансових інституцій та зарубіжних експертів, що не враховували специфіку нашої держави, кадровий голод на старті реформ призвели до численних помилок та прорахунків у здійсненні управлінських рішень. Модель трансформації, що базувалася на рекомендованих ззовні спрощених принципах ринкової трансформації, виявилась глибоко деструктивною.

Реформи здійснювались ціною соціальних втрат, у багатьох випадках були зруйновані і ті соціальні цінності, які свого часу були запозичені західними країнами. Розбалансування економічних, соціальних та політичних чинників призвело до того, що виник цілий ряд працездатних людей, які готові працювати, але не можуть заробити достатню кількість коштів для утримання сім'ї. Таким чином, причини українського безробіття, а як наслідок і бідності полягають насамперед у повільній адаптації національної економіки до ринкових умов, неконкурентоспроможності низки галузей і виробництв, превалюванні низькооплачуваних робочих місць [1].

Саме для матеріального забезпечення громадян, які працюють, і членів їх сімей призначене соціальне страхування. Система захисту від безробіття по-

винна захищати найманих працівників, звести до мінімуму його економічні й соціальні наслідки.

Соціальне страхування не лише захищає працюючих, а й служить механізмом суспільних інвестицій, доходи від яких повертаються у вигляді покращання якості життя населення, стабільності суспільства, формування спонукальних мотивів до праці, освіти й підвищення кваліфікації. Воно стало важливим засобом досягнення соціальної злагоди в суспільстві, запобігання й зниженню рівня бідності. Право працюючих на це страхування набуло значення одного з найважливіших прав людини і громадянина [2, 78].

Правові засади здійснення соціального страхування визначаються Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» [3]. Цей Закон розроблений відповідно до Конституції України та Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Він визначає правові, фінансові та організаційні засади загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття.

Стаття 1 Закону зазначає, що загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття являє собою систему прав, обов'язків і гарантій, що передбачає матеріальне забезпечення на випадок безробіття з незалежних від застрахованих осіб обставин та надання соціальних послуг за рахунок коштів Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття.

Видами забезпечення за Законом є:

- допомога по безробіттю, у тому числі одноразова її виплата для організації безробітним підприємницької діяльності;
- допомога по частковому безробіттю;
- матеріальна допомога у період професійної підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації безробітного;
- допомога на поховання у разі смерті безробітного або особи, яка перебувала на його утриманні.

У ст. 4 Закону зазначається, що страхуванню на випадок безробіття підлягають особи, які працюють на умовах трудового договору (контракту), цивільно-правового договору, включаючи тих, які проходять альтернативну (невійськову) службу, а також тих, які працюють неповний робочий день або неповний робочий тиждень, та на інших підставах, передбачених законодавством про працю, військовослужбовці (крім військовослужбовців строкової служби), особи, які забезпечують себе роботою самостійно, та фізичні особи — підприємці.

Цим особам видається свідоцтво про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке є єдиним для всіх видів соціального страхування. Порядок видачі та зразок свідоцтва про загальнообов'язкове державне соціальне страхування затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Для захисту громадян утворюється відповідний Фонд соціального страхування на випадок безробіття, кошти якого формуються за рахунок обов'язкових страхових внесків роботодавців, працівників і дотацій Державного бюджету [6, 350]. Фонд виконує функції з управління страхуванням на випадок без-

робіття, справляння збору та акумуляції страхових внесків, здійснення контролю за використанням мобілізованих коштів, надання соціальних послуг тощо.

Цей Фонд є позабюджетним цільовим централізованим страховим фондом, некомерційною самоврядною організацією, що діє на основі зазначеного закону та статуту. Діяльність Фонду регулюється Основами законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, Законом України «Про зайнятість населення», цим Законом, іншими законами у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування та статутом Фонду, який затверджується правлінням Фонду. Нагляд за діяльністю Фонду здійснює наглядова рада.

Джерелами формування коштів Фонду є страхові внески страхувальників (роботодавців, застрахованих осіб); асигнування з державного бюджету; суми фінансових санкцій за порушення соціального законодавства; прибуток, одержаний від тимчасово вільних коштів Фонду, благодійні внески підприємств, установ, організацій та фізичних осіб тощо.

Роботодавці, діяльність яких фінансується за рахунок державного та/або місцевих бюджетів, сплачують страхові внески з коштів, передбачених на ці цілі.

Застраховані особи, визнані у встановленому порядку безробітними, які протягом 12 місяців, що передували початку безробіття, працювали на умовах повного або неповного робочого дня (тижня) не менше 26 календарних тижнів і сплачували страхові внески, і мають право на допомогу по безробіттю залежно від страхового стажу. Право на таку допомогу зберігається при настанні перерви і страхового стажу з поважних причин, якщо особа протягом місяця після її закінчення зареєструвалась в установленому порядку в державній службі зайнятості як безробітна. Поважними причинами є: (а) навчання у професійно-технічних і вищих навчальних закладах, у клінічній ординатурі, аспірантурі, докторантурі з денною формою навчання; (б) строкова військова служба; (в) здійснення догляду непрацюючою працездатною особою за інвалідом I групи або дитиною-інвалідом віком до 18 років, а також за пенсіонером, який за експертним медичним висновком потребує постійного стороннього догляду; (г) інші поважні причини, передбачені законодавством України [3].

Розмір допомоги по безробіттю застрахованим особам визначається у відсотках до їх середньої заробітної плати (доходу), визначеної відповідно до порядку обчислення середньої заробітної плати (доходу) для розрахунку виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, затвердженого Кабінетом Міністрів України, залежно від страхового стажу.

Встановлено такі розміри допомоги по безробіттю залежно від страхового стажу: до 2 років — 50 %; від 2 до 6 років — 55 %; від 6 до 10 років — 60 %; понад 10 років — 70 %.

Допомога по безробіттю виплачується залежно від тривалості безробіття у відсотках до визначеного розміру: перші 90 календарних днів — 100 %; протягом наступних 90 календарних днів — 80 %; у подальшому — 70 %.

Втім, не зважаючи на чинне законодавство, ситуація щодо функціонування соціального страхування на випадок безробіття є проблемною. Це пов'язано з великою кількістю безробітних в нашій країні.

За останніми даними Державного комітету статистики України кількість незайнятих громадян, які перебували на обліку в державній службі зайнятості, на 1 лютого 2011 р. становила 610,3 тис. осіб. За допомогою в працевлаштуванні до цієї установи впродовж січня 2011 р. звернулося 121,8 тис. незайнятих громадян проти 160,4 тис. у грудні (у січні 2010 р. — 89,2 тис.) [7].

Кількість зареєстрованих безробітних на 1 лютого 2011 р. становила 585,6 тис. осіб, або третину всіх безробітних працездатного віку, визначених за методологією МОП. Допомогу по безробіттю отримували 76,5 % осіб, які мали статус безробітного. Кожний другий безробітний раніше займав місце робітника, кожний третій — посаду службовця, а решта безробітних не мали професійної підготовки.

Рівень зареєстрованого безробіття в цілому по країні за січень 2011 р. зріс на 0,1 відсоткового пункту і на 1 лютого 2011 р. становив 2,1 % населення працездатного віку.

Зростання обсягів зареєстрованого безробіття у січні 2011 р. зафіксовано в усіх регіонах.

Невідповідність попиту на робочу силу її пропозиції у професійно-кваліфікаційному та територіальному розрізі зумовлює значну міжрегіональну диференціацію зареєстрованого безробіття.

У той час, кількість вільних робочих місць (вакантних посад), заявлених підприємствами, установами й організаціями до служби зайнятості, у січні 2011 р. збільшилася на 4,6 тис., або на 7,2 %, і на кінець місяця становила 68,5 тис. (у січні 2010 р. — 65,4 тис.). Із зазначеної кількості вільних робочих місць (вакантних посад) 46,4 % передбачалося для робітників, 38,8 % — для службовців, решта — для осіб, які не мають професії.

Із Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття у січні 2011 р. на допомогу по безробіттю було витрачено 332,2 млн грн. Середньооблікова кількість безробітних, які її отримували впродовж зазначеного місяця, становила 408,1 тис. осіб. Розмір допомоги по безробіттю в середньому на одного безробітного становив 814 грн, що на 13,5 % менше законодавчо визначеного розміру мінімальної заробітної плати (941 грн).

Водночас за підрахунками Інституту економічних досліджень та політичних консультацій, зроблених на базі методології Міжнародної організації праці, реальний рівень безробіття на кінець 2010 р. становив 8,1–8,3 %. Директор державної служби зайнятості Володимир Галицький частково визнав недосконалість офіційної статистики, заявивши, що в його службі реєструється лише близько половини тих, хто не має роботи.

Таким чином, він не виключив, що насправді безробітними в Україні на сьогодні можуть бути понад мільйон осіб [8].

За цими ж даними, зростання кількості безробітних співпало із ухваленням нового Податкового кодексу, однією із нововведень якого стало обмеження прав дрібних підприємців, зокрема, і щодо сплати єдиного податку, а також винайму робочої сили. До ухвалення кодексу низка аналітиків попереджали, що саме малий бізнес зазвичай є більш мобільним зі створення нових робочих

мість і що обмеження бізнесових можливостей дрібних підприємців може призвести до збільшення кількості безробітних [9].

На сьогодні найбільш гострою у соціально-економічній сфері проблемою є формування цивілізованого ринку праці, заснованого на плюралізмі форм власності, свободі підприємницької діяльності, трудової активності й свободі праці. Основні проблеми ринку праці у нашій державі пов'язані зі зростанням тривалості періоду безробіття, збільшенням кількості громадян, які шукають роботи, а також існуванням труднощів щодо працевлаштування соціально незахищених верств населення, які не здатні на рівних конкурувати на ринку праці, а тому потребують захисту з боку держави.

Створення в Україні цивілізованого ринку праці, який би дозволяв громадянину оперативно знайти необхідну роботу з умовами праці, що відповідають вимогам безпеки й гігієни, з гідною заробітною платою, а роботодавцю — працівників необхідної кваліфікації, можливе тільки за наявності ефективної системи працевлаштування [10]. Інакше навіть система соціального страхування не зможе вирішити цю гостру проблему.

Підводячи підсумки, слід зазначити, що наслідки світової фінансової кризи негативно вплинули на стан економіки України, збільшили пропозицію вільної робочої сили на ринку праці. Система соціального страхування на випадок безробіття виявилася неспроможною адекватно реагувати на зростання навантаження, пов'язаного зі збільшенням числа безробітних, які потребують соціального захисту [2, 82]. Тому основні напрями вирішення проблем безробіття мають включати цілу низку заходів, зокрема: приведення законодавства України у відповідність до міжнародних норм і принципів, запровадження механізмів захисту внутрішнього ринку праці, реалізацію Державної та регіональних програм зайнятості, сприяння стабільній діяльності стратегічно важливих підприємств, забезпечення збереження ефективно функціонуючих робочих місць та створення нових, створення сприятливих умов для розвитку малого бізнесу та підприємницької діяльності безробітних, легалізацію тіньової зайнятості тощо [10].

Також слід посилити увагу щодо оновлення та підвищення технічного рівня робочих місць, зокрема, для того, щоб кожне з них забезпечувало зайнятому прожитковий мінімум і подальше зростання заробітної плати (з урахуванням інфляції). Це дозволить привести заробітну плату у відповідність з продуктивністю праці, ліквідувати фіктивні робочі місця, зменшити приховане безробіття.

Таким чином система загальнообов'язкового державного соціального страхування не спроможна на даному післякризовому етапі розвитку нашої країни звести до мінімуму економічні та соціальні наслідки безробіття. Тому перш за все слід звернути увагу на причини такого високого рівня безробіття і послідовно їх вирішувати.

### *Література*

1. Вплив бідності на подальший розвиток української держави [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nform.org.ua/article/a-62.html/>

2. Сільченко С. О. Соціальне страхування: реалії та перспективи правового регулювання // Проблеми законності. — Х. : Нац. юрид. акад. України, 2009. — Вип. 102. — С. 78–86.
3. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття : Закон України від 2 берез. 2000 р. № 1533-III [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
5. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 р. № 16/98-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
6. Право соціального забезпечення в Україні : підручник / за заг. ред. С. М. Прилипка, О. М. Ярошенка. — Х. : ФІНН, 2009. — 434 с.
7. Державний комітет статистики України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.ukrstat.gov.ua](http://www.ukrstat.gov.ua)
8. Рівень безробіття в Україні нижчий, ніж у Європі? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.epravda.com.ua/news/2010/03/25/230863/>
9. Безробіття в Україні сягнуло майже 600 тисяч [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.bbc.co.uk/ukrainian/news/2011/02/110219\\_ukraine\\_jobless\\_az.shtml](http://www.bbc.co.uk/ukrainian/news/2011/02/110219_ukraine_jobless_az.shtml)
10. Бабчук К. Л. Проблема безробіття в Україні: шляхи та перспективи її вирішення [Електронний ресурс] / К. Л. Бабчук. — Режим доступу : <http://intkonf.org>.

### Анотація

**Москаленко О. В.** До питання про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття. — Стаття.

У статті розглядається питання про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття. Перераховуються особи, які підлягають даному виду страхування. Наводиться статистика по безробіттю.

*Ключові слова:* безробіття, страхування, застраховані особи, роботодавець, робоче місце.

### Аннотация

**Москаленко О. В.** К вопросу об общеобязательном государственном социальном страховании на случай безработицы. — Статья.

В статье рассматриваются вопросы об общеобязательном государственном социальном страховании на случай безработицы. Перечисляются лица, подлежащие данному виду страхования. Приводится статистика по безработице.

*Ключевые слова:* безработица, страхование, застрахованные лица, работодатель, рабочее место.

### Summary

**Moskalenko O. V.** To the question about obligatory state social security in case of unemployment. — Article.

In the article questions are examined about obligatory state social security in case of unemployment. Persons, subject this type of insurance, are transferred. Statistics are pointed on unemployment.

*Keywords:* unemployment, insurance, insured persons, employer, workplace.

### ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ЩОРІЧНА ВІДПУСТКА»

Стаття 45 Конституції України закріплює надання працівникам оплачуваної щорічної відпустки як одного з видів часу відпочинку. Деталізація усіх видів відпочинку набуває свого подальшого розвитку в главі п'ятій Кодексу законів про працю України (далі — КЗпП України) та Законі України «Про відпустки» (далі — Закон). Але жоден із законодавчих актів (у тому числі і проект Трудового кодексу України від 10 грудня 2009 року, реєстраційний номер 1108; далі — проект ТКУ) не містить дефініції щорічних відпусток.

У той самий час наука трудового права накопичила чималу кількість наукових праць, присвячених цьому питанню. Можна виокремити роботи таких учених, як М. Г. Александров, В. С. Венедіктов, Л. П. Гаращенко, Л. Я. Гінцбург, Р. З. Лівшиць, Л. Я. Орловський, В. І. Прокопенко, В. Ф. Франціян, О. С. Хохрякова та ін.

Беззаперечним фактом є те, що щорічні відпустки є видом відпусток як загального поняття. Тобто усі ознаки, властиві для відпусток в цілому, є властивими й для щорічних відпусток. Тому спочатку ми проаналізуємо ознаки відпустки як родового поняття на сучасному етапі розвитку українського законодавства.

Усі науковці сходяться у думці з приводу того, що право на відпустку залежить від наявності трудових відносин працівника з роботодавцем: так, не набувають права на відпустку особи, які виконують роботу за будь-яким цивільно-правовим договором. Тобто виникнення правовідносин з приводу надання відпусток можливе лише в межах трудового правовідношення.

Суттю відпустки є тимчасове вивільнення працівника від виконання ним своїх трудових обов'язків. Тут слід розмежувати два схожі терміни: «звільнення» та «вивільнення». Неоднозначно ця ситуація вирішується в КЗпП України. Говорячи, наприклад, про розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, уживається перший термін (ч. 2, 3 ст. 40 КЗпП України). Глава ж III-A КЗпП має назву «Забезпечення зайнятості вивільнюваних працівників», і в ній йдеться про порядок звільнення працівників у випадках змін в організації виробництва і праці (ч. 3 ст. 49-2). При цьому одночасно уживаються обидва терміни. Таким чином, законодавець не дає чіткої відповіді на питання, який термін повинен уживатися, коли говориться про розірвання трудового договору. Відповідно до положень Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників, затвердженої спільним наказом трьох міністерств від 29 липня 1993 р., при розірванні трудового договору до трудової книжки повинен вноситися запис, що розпочинається зі слова «звільнений» з подальшим зазначенням причини. При цьому в Інструкції ні разу не згадується термін «вивільнення». Ще цікавішим є вирішення цієї ситуації в проекті ТКУ. У ньому переважно вживається термін «звільнення»,

проте двічі (в статтях 4 «недопущення дискримінації у сфері праці» та 360 «зміст колективної угоди») згадується термін «вивільнення».

На нашу думку, ключова різниця між термінами «звільнення» і «вивільнення» полягає в тому, що «звільняти» можна звідкись (з роботи чи з-під арешту) або щось (приміщення); «вивільняти» же можна від чогось, наприклад, від покладених обов'язків. Тому, на нашу думку, коли ми говоримо про відпустку, то слід уживати термін «вивільнення». При цьому обов'язково необхідно зазначити, що воно є тимчасовим.

Відпустка завжди становить собою певний проміжок календарного часу. При цьому якщо в радянські часи законодавець віддавав перевагу такій одиниці часу, як «робочі дні», то сьогодні тривалість відпусток переважно вимірюється в «календарних днях», як то робиться в міжнародних правових актах. Важливо також відзначити, що конкретна тривалість відпустки не може бути менше тієї, що установлена законодавством; більша ж тривалість може бути передбачена регіональними, локальними чи індивідуальними угодами.

Чи не основною ознакою відпусток є збереження за працівником місця роботи (посади) на час перебування у відпустці. Тим самим забезпечується захист найрізноманітніших прав та інтересів людини: від загального права на відпочинок і, наприклад, до інтересу участі в спортивних змаганнях. Тобто трудові правовідносини ніяким чином не домінують над особистим простором людини і в передбачених законодавством випадках можуть бути призупинені з метою надання людині можливості задовольнити свої «нетрудові» інтереси.

Таким чином, можемо виділити такі ознаки відпустки, як загального поняття: (1) інститут відпусток існує лише в царині трудових правовідносин; (2) відпустка полягає в тимчасовому вивільненні працівника від виконання ним своїх трудових обов'язків; (3) відпустка являє собою певний проміжок часу, який не може бути меншим за той, що передбачений у законодавстві; (4) за працівником зберігається місце роботи (посада) на час перебування у відпустці.

Згідно зі ст. 4 Закону установлюються такі види відпусток: (1) щорічні відпустки; (2) додаткові відпустки у зв'язку з навчанням; (3) творча відпустка, підвидом якої є відпустка для підготовки та участі в змаганнях; (4) соціальні відпустки та (5) відпустки без збереження заробітної плати. Що ж виступає критерієм поділу відпусток саме на такі види?

Л. Я. Островський свого часу поділяв відпустки залежно від їх цільового призначення на такі види: (1) для відпочинку за роботу протягом року (аналог сучасної щорічної основної відпустки); (2) як заохочення за виконання державних і громадських обов'язків (у чинному законодавстві такої відпустки немає, проте стаття 189 проекту ТКУ регламентує порядок надання заохочувальних відпусток); (3) для складання вступних іспитів та у зв'язку з навчанням (статті 13-15 та 15-1 Закону містять правила регулювання відповідного виду відпусток); (4) для одужання, внаслідок втрати працездатності, для догляду за хворим членом сім'ї, для санаторно-курортного лікування, для здійснення функцій материнства (розділ IV Закону має назву «Соціальні відпустки»

і регламентує відповідні відносини); (5) для різних сімейно-побутових потреб [1, с. 5] (за таких обставин сьогодні найчастіше надаються відпустки без збереження заробітної плати). Ми бачимо, що такий критерій класифікації відпусток практично повністю задовольняє системі відпусток, що міститься у чинному законодавстві. Тобто саме мета відпусток виступає тією межею, яка відділяє один вид відпусток від інших.

Яка ж мета притаманна щорічним відпусткам? Пункт 4 Тимчасових правил про відпустки 1918 року забороняв будь-яку платну роботу під час відпустки. Тим самим підкреслювалася основна мета щорічної відпустки — надання працівникові можливості відновити запас своїх сил. Пізніше, коли цю норму було скасовано, Л. Я. Гінцбург писав, що, незважаючи на відсутність санкції за виконання роботи під час відпустки, платна робота під час відпустки не повинна мати місця [2, 34, 35]. Очевидним є той факт, що законодавець в силу змін, які відбуваються у суспільстві, усе більше відсторонюється від питання регламентації того, як працівник проводитиме свою щорічну відпустку, але чи змінюється від цього основна мета щорічної відпустки? Звісно, ні. І саме ця мета є першою ознакою щорічних відпусток.

Іншою характерною рисою щорічних відпусток є те, що підставою їх надання є певний трудовий стаж працівника [2, 47]. За загальним правилом, право працівника на щорічні основну та додаткові відпустки повної тривалості у перший рік роботи настає після закінчення шести місяців безперервної роботи на даному підприємстві. Л. П. Гаращенко зазначає, що підстава, що породжує виникнення відпусток, так само як і мета відпустки, є критерієм класифікації відпусток на види. [3, 35, 86]. Дійсно, жоден інший від відпустки у своєму фактичному складі не передбачає такої підстави, як певний трудовий стаж.

Наступна значуща ознака щорічних відпусток логічно впливає з їх цільового призначення, а саме: щорічні відпустки надаються з передбаченою законодавством періодичністю — як правило, раз протягом робочого року. Усі інші види відпусток надаються один раз у випадку настання того чи іншого юридичного факту. При цьому перенесення щорічної відпустки на інший робочий рік є можливим (за дотримання передбачених в Законі умов), та скоріше воно є винятком, аніж правилом.

І, нарешті, останньою характерною рисою щорічних відпусток є їх оплачуваність. Ознака оплачуваності відпусток не є загальною для усіх видів відпусток, оскільки перебування у відпустці без збереження заробітної плати працівникові не оплачується. Саме через це ця ознака не є настільки вагомою, щоби бути межею між усіма видами відпусток: вона відокремлює лише відпустки без збереження заробітної плати від інших видів.

Таким чином, ми можемо виокремити такі ознаки щорічних відпусток: (1) мета — надання працівникові можливості відпочити та відновити свою працездатність; (2) підстава — передбачений законодавством трудовий стаж; (3) періодичність — як правило, раз протягом робочого року; (4) оплачуваність.

Тепер час перейти до питання дефініції щорічних відпусток. Для цього перш за все необхідно звернутися до праць учених-трудовиків. У своєму дослідженні

В. Ф. Франціян зазначав, що до 40-х років XX століття в юридичній літературі роз'яснювалась практика застосування законодавства про відпустки, але при цьому мало уваги приділялось самому визначенню відпусток для відпочинку [4, 138]. Перше наукове визначення відпусток для відпочинку дав М. Г. Александров у підручнику «Радянське трудове право» 1950 р. У кожній наступній редакції підручнику учений робив визначення досконалішим і врешті-решт у 1972 р. воно наводилось у такій формі: «Щорічною відпусткою ... називається передбачений законодавством безперервний відпочинок протягом певної кількості робочих днів на рік, який повинен надаватися працівникам зі збереженням заробітної плати та місця роботи (посади)» [5, 322].

Л. Я. Гінцбург у монографії «Трудові відпустки робітників та службовців» (1957 р.) вивів поняття «трудова відпустка» через такі ознаки: (1) це — час відпочинку, що (2) надається працівникам, (3) як правило, один раз на рік (4) після певного періоду роботи (5) зі збереженням заробітної плати (6) на строк визначений законом. У 1961 учений додав до цього визначення ознаку збереження місця роботи (посади) [2, 33–41].

Р. З. Лівшиць наводив значно вужче визначення: «відпустка — це час щорічного безперервного відпочинку протягом встановленого законом строку, коли за працівником зберігається робота чи посада та середній заробіток» [6, 8]. В. Ф. Франціян під відпусткою для відпочинку розумів гарантоване законом щорічне вивільнення працівника від виконання трудових та інших пов'язаних з ними обов'язків на період часу, передбачений законодавством про працю для оплачуваного відпочинку за роботу, зі збереженням місця роботи (посади) та середньої заробітної плати [4, 142]. Л. П. Гаращенко, у свою чергу, наводить таке визначення: «Щорічна відпустка — це визначена законом або на його основі певна кількість календарних днів, яка складається із щорічних основної і додаткової відпусток, що надаються працівникам кожного робочого року з метою відновлення працездатності та задоволення інших життєвих важливих потреб та інтересів із збереженням за цей період місця роботи (посади) та заробітної плати» [3, 93, 94].

Перед тим, як запропонувати власне визначення, проведемо аналіз щойно наведених. Звертає на себе увагу те, що різні учені по-різному визначають, чим саме є щорічна відпустка: (1) кількістю днів, протягом яких працівник звільняється від виконання своїх трудових обов'язків, (2) відпочинком чи (3) тимчасовим вивільненням працівника від виконання ним своїх трудових обов'язків. Навряд чи можна погодитись з тим, що відпустка є кількістю днів, оскільки категорії «відпустка» і «кількість днів» характеризують різні сторони одного і того самого явища. Якщо «відпустка» говорить про те, що роботодавець «відпускає» працівника з підприємства, то «кількість днів» вказує лише на те, як довго працівник буде вільним від обов'язків, визначених у трудовому та колективному договорах, угодах та актах законодавства. Недостатнім, на нашу думку, є й визначення «відпустки» через категорію «відпочинок», оскільки в цьому випадку «відпочинок» є занадто широким поняттям, і залишається незрозумілим в якій саме формі знаходить своє відображення «відпустка».

Тому, на нашу думку, найбільш вдалим є дефініція, що визначають щорічну відпустку саме як тимчасове вивільнення працівника від виконання ним своїх трудових обов'язків, адже саме те, що роботодавець «відпускає» працівника, є суттю цієї правової конструкції.

Слідом за ключовими словами у всіх дефініціях в тій чи іншій послідовності учені наводять характерні риси щорічних відпусток. Більшість з них збігаються з тими, що були виведені нами раніше, проте деякі у цій статті не згадувались і тому потребують додаткового дослідження. Так, Л. П. Гаращенко зазначає, що кількість днів, на яку працівникові надається щорічна відпустка, може бути визначена як законом, так і на його основі. Погоджуючись з цією тезою, пояснимо, що тривалість відпусток, визначена в законодавчих актах, може бути подовжена в колективному чи трудовому договорах на підставі угоди сторін. У цьому ж визначенні говориться про те що, щорічна відпустка складається із щорічних основної і додаткової відпусток. На нашу думку, питання класифікації не повинно бути відображено у визначенні, оскільки головною метою дефініції є узагальнення основних ознак явища; питання ж поділу явища на види є наступним кроком на шляху вивчення його природи.

Ураховуючи вище зазначене, ми пропонуємо таке визначення досліджуваного явища: «Щорічна відпустка — це тимчасове вивільнення працівника від виконання ним своїх трудових обов'язків на певну кількість календарних днів, визначену законодавством чи на його основі локальними актами, актами соціального партнерства, з метою надання працівникові можливості відпочити та відновити свою працездатність, яке провадиться кожного робочого року зі збереженням за працівником робочого місця (посади) та його середнього заробітку».

Звісно, відсутність законодавчого визначення понять «відпустка», «щорічна відпустка», «соціальна відпустка» та інших видів відпусток є суттєвою прогалиною як чинного КЗпП України, так і проекту ТКУ. Адже, як правильно зазначає Л. П. Гаращенко, їх відсутність призводить до неточностей при віднесенні тієї чи іншої відпустки до окремого виду [7, 221]. Тому відповідні пропозиції науковців обов'язково повинні бути ураховані розробниками проекту ТКУ.

### Література

1. Островский Л. Я. Отпуска рабочим и служащим / Л. Я. Островский. — Минск : Беларусь, 1978. — 95 с.
2. Гинцбург Л. Я. Трудовые отпуска рабочих и служащих / Л. Я. Гинцбург. — М. : Изд-во АН СССР, 1957. — 131 с.
3. Гаращенко Л. П. Правове регулювання відпусток за законодавством України : монографія / Л. П. Гаращенко. — К. : Ред. газ. «Іменем Закону», Павлім, 2003. — 172 с.
4. Франциян В. Ф. О понятии отпуска для отдыха // Проблемы государства и права на современном этапе. — М., 1972. — С. 136–142.
5. Советское трудовое право : учебник / под ред. Н. Г. Александрова. — М. : Юрид. лит., 1972. — 576 с.
6. Лившиц Р. З. Отпуска рабочих и служащих в СССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р. З. Лившиц. — М., 1961. — 21 с.
7. Кодифікація трудового законодавства України : монографія / Н. М. Хуторян, О. Я. Лаврів, С. В. Вишневецька [та ін.]. — Х. : ФІНН, 2009. — 432 с.

### Анотація

*Авескулов В. Д.* Щодо визначення поняття «щорічна відпустка». — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню ознак відпусток як родового поняття та ознак щорічних відпусток. Проведено аналіз положень чинного законодавства України, проекту Трудового кодексу України, досягнень учених радянського та періоду незалежної України. Результатом роботи стало виведення нової дефініції щорічних відпусток.

*Ключові слова:* ознаки відпусток, ознаки щорічних відпусток, поняття щорічних відпусток.

### Аннотация

*Авескулов В. Д.* Касательно определения понятия «ежегодный отпуск». — Статья.

Статья посвящена исследованию признаков отпусков и признаков ежегодных отпусков. Проанализированы положения действующего законодательства Украины, проекта Трудового кодекса Украины, достижения ученых советского и периода независимой Украины. Результатом работы стала новая дефиниция ежегодных отпусков.

*Ключевые слова:* признаки отпусков, признаки ежегодных отпусков, понятие ежегодных отпусков.

### Summary

*Aveskulov V. D.* About definition of «annual leaves». — Article.

Article dedicated a research of attributes of leaves and annual leaves. Author analyzed Ukrainian legislation, project of new Labor Code, achievements of scientists of both Soviet Union and independent Ukraine. Main result of this work became a new definition of «annual leaves».

*Keywords:* attributes of leaves, attributes of annual leaves, definition of annual leaves.

УДК 349.3:369.5(477)

*Л. І. Харитонов*

## ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ СТАНОВЛЕННЯ СУЧАСНОЇ СИСТЕМИ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УКРАЇНИ

Особлива складність завдання реформування пенсійної системи полягає в тому, що це реформування має ввести пенсійне забезпечення в систему ринкових інститутів, ураховуючи те, що ринкові інститути повинні відповідати «новій економіці». Таке завдання не є актуальним для країн — економічних лідерів, але воно актуальне в Україні, де вже наявний досвід пенсійної реформи викликає безліч запитань стосовно того, як автори реформи збираються реалізовувати ринковий принцип пенсійного забезпечення. Є великі сумніви, що цей необхідний принцип збираються реалізувати правильно та ефективно.

Дослідники констатують, що з початку розмов про пенсійну реформу до нинішнього часу так і не вдалося перебороти тенденцію деградації соціальної сфери, через що в країні зберігається середня пенсія в розмірі 31–32 % передпенсійного заробітку, що вдвічі нижче за європейські стандарти. Це є яскравим свідченням відсутності в Україні стратегії соціальної політики. Пенсії, як і раніше, залишилися низькими і нараховуються несправедливо. У 12 з 14

пенсіонерів вони менше прожиткового мінімуму, тимчасом як у деякого вона перевищує 10 тис. грн.

Завдання проведення в Україні ефективної пенсійної реформи ускладнюється бюджетною ситуацією в країні, адже пенсійні зобов'язання традиційно вважаються умовними зобов'язаннями держави. Також відстежується демографічна тенденція, яка передбачає різкий спад чисельності населення. В Україні вже на 1 пенсіонера припадає приблизно 1,5 зайнятих, і відомо, що цей дисбаланс особливо різко почне поглиблюватися з 2016 р. [1].

Тож для сучасної України пенсійна реформа є надзвичайно актуальною дослідницькою проблемою.

Існуюча пенсійна система в Україні організована за розподільчим принципом. Вона склалася в умовах, коли економічні відносини ґрунтувалися винятково на державній власності та фінансувалася із суспільних фондів споживання. Підприємство зі своїх сукупних податків безпосередньо на пенсійні цілі виділяло 4–12 % фонду оплати праці; працівники з індивідуальних доходів нічого не відраховували. Вік виходу на пенсію був одним із найнижчих у світі. У законодавстві, яке регламентувало цю систему, не було закріплено порядку індексації пенсійних виплат у разі підвищення вартості життя чи випереджального зростання зарплати; не було враховано механізму максимального й мінімального розмірів пенсії. Тому пенсіонери на пострадянському просторі стали першими жертвами переходу до нових соціально-економічних відносин. Дослідження рівня життя 1980-х рр. свідчать про те, що до 80 % бідних у СРСР були пенсіонерами, причому старшого віку.

Законодавче розширення соціальних гарантій Законом СРСР «Про пенсійне забезпечення громадян», а потім Законом України «Про пенсійне забезпечення» не було підкріплене створенням системи економічних стимулів до сплати страхових внесків.

Спробою розпочати пенсійну реформу було ухвалення у 1993 р. Концепції соціального забезпечення населення, згідно з якою визначено напрями захисту від соціальних ризиків [2]. В подальшому розвиток захисту від соціальних ризиків було пов'язано із запровадженням соціального страхування, що втілювалося у прийнятих у 1998 р. Основах законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування [3] та окремих законах.

Формування правової бази подальшого реформування пенсійної системи в Україні розпочалося з ухвалення 9 липня 2003 р. Верховною Радою України законів «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» і «Про недержавне пенсійне забезпечення» [4]. Україна також мала на меті реформування системи пенсійного забезпечення — забезпечення належного рівня життя людей похилого віку на засадах соціальної справедливості, гармонізації відносин між поколіннями і сприяння економічному зростанню. Ставилося завдання довести пенсії до 50–60 % від рівня реальної зарплати. Було обрано багаторівневу модель пенсійної системи, з урахуванням чого пенсійну реформу передбачалося проводити в трьох напрямках:

- 1) реформувати солідарну систему (перший рівень);

- 2) створювати обов'язкову накопичувальну систему (другий рівень);
- 3) розвивати добровільну накопичувальну систему (третій рівень).

Суть реформування солідарної системи — забезпечення, з одного боку, базових принципів соціальної рівності, однакового для всіх захисту від бідності в похилому віці, поступове підвищення розмірів пенсій відповідно до державних соціальних гарантій, а з іншого — ліквідація соціальних відмінностей, пільг і привілеїв. За цих умов солідарна система зможе забезпечити мінімальний статок на старість усім, хто працював.

Ставилося завдання:

- Забезпечити обов'язковість державного пенсійного страхування всіх працюючих громадян і поступово перейти до паритетної сплати пенсійних внесків — порівну роботодавцями і найманими працівниками. За тих, хто не працює з поважних причин, внески має сплачувати Держбюджет.
- Установити порядок призначення пенсій виключно на основі персоніфікованого обліку. Для осіб, які не працювали і не сплачували пенсійних внесків, зберегти соціальні виплати з коштів Державного і місцевого бюджетів, а не за рахунок пенсійних заощаджень працюючих громадян.
- Фінансувати дострокові пенсії за рахунок роботодавців, що стимулюватиме їх до впровадження нових технологій, поліпшення умов і охорони праці, зменшення чисельності громадян, котрі працюють у шкідливих умовах.
- Запровадити сплату єдиного страхового внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, доручивши це Пенсійному фонду, що на решті було зроблено шляхом прийняття 8 липня 2010 р. Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» та введення його в дію з 1 січня 2011 р. [5].
- Передбачити економічні стимули для пізнішого виходу людей на пенсію шляхом прогресивного підвищення розміру пенсії за кожен рік праці після досягнення пенсійного віку.

Впровадження обов'язкової накопичувальної системи передбачає, що всі працівники зобов'язані відкладати частину зароблених коштів на старість і вносити її в Накопичувальний пенсійний фонд. Після досягнення пенсійного віку кожен додатково одержуватиме до виплат за солідарною системою пенсію з обов'язкової накопичувальної системи.

Довгостроковий етап реформування передбачав створення багаторівневої системи пенсійного забезпечення, яка запровадила б: гарантований державою всім непрацездатним громадянам соціальний мінімум (1-й рівень); обов'язкове пенсійне страхування (2-й рівень); додаткові пенсії за рахунок недержавних пенсійних фондів (3-й і наступний рівні).

Проте економічна криза на якийсь час знизила актуальність зазначених ідей та заходів, а тому їх не було реалізовано. У зв'язку з цим не створено повноцінних ринкових механізмів інвестування в економіку, досі не вдалося долучити до інвестування коштів працівників недержавні пенсійні фонди, не вирішеним є питання їх оподаткування, не створено стимулів для відрахування внесків у населення, оскільки розміри внесків майже не пов'язані з розмі-

рами майбутніх пенсій та, головне, економічно найактивніших громадян, народжених у 1952–1966 рр., узагалі виключили з накопичувальної системи. Крім цього не використовуються можливості й перспективи професійних пенсій, виплачуваних підприємствами, а також пенсійні заощадження громадян.

На жаль, пенсійну реформу дискредитували також в українському суспільстві політичні трансформації. Проти реформи спрацювало бажання використати пенсійний аспект заради досягнення політичного результату, безсистемність дій та постійна зміна влади.

Страховий принцип у пенсійній системі практично було знищено, тому результатом стала розбалансована пенсійна система, яка мала поставити пенсії у чітку залежність від стажу та заробітку для всіх без винятку громадян.

Отже, розроблена в Україні концептуальна й законодавча база передбачала, що на сьогоднішній день в Україні ефективно працюватимуть механізми недержавного пенсійного забезпечення: недержавні фонди і управляючі компанії. Виходить, кожен майбутній пенсіонер уже мав би приблизно уявляти розміри свого майбутнього статку. Крім цього, це мало стимулювати розвиток фондового ринку, вивести з тіні фонд оплати праці, оживити інвестиційні процеси, запровадити нові стандарти раціональної економічної поведінки. Також мала запрацювати система медичного страхування, адресного соцзабезпечення і т. ін.

Проте експерти зазначають, що нічого цього нині в Україні немає: пенсійна реформа виявилась обманом, адже їй не вдалося розв'язати жодної проблеми.

Найбільша кількість проблем пов'язана зі становленням накопичувальної складової пенсійної системи. На думку експертів, пенсійна реформа не створила повноцінних інститутів, здатних змусити пенсійні гроші працювати на економіку, не створила стимулів до відрахування внесків у населення, оскільки розміри внесків майже ніяк не пов'язані з розмірами майбутніх пенсій.

Для розвитку ринку недержавного пенсійного забезпечення та його інтеграції в пенсійну систему в цілому дослідники закликають шукати варіанти стимулювання корпоративних пенсійних систем. Одночасно з податковим стимулюванням має розвиватися регулювання і контроль у цій сфері; мають бути затверджені припустимі типові пенсійні схеми; мають установлюватися вимоги до інвестування пенсійних резервів і підвищитися рівень відкритості та прозорості цієї діяльності. Інакше галузь недержавних пенсійних фондів залишиться закритою, орієнтованою переважно на формування фінансового ресурсу для засновників, а не на власне пенсійне забезпечення громадян.

Важливим напрямом реформування пенсійної системи має стати включення в ресурси пенсійного забезпечення крім внесків роботодавців внесків самих працівників як повноцінних суб'єктів свого пенсійного страхування. Держава повинна всіляко стимулювати громадян самостійно піклуватися про майбутню пенсію, активно розвивати сектор приватного пенсійного забезпечення і поступово перекладати зобов'язання на нього — від рівних часток до поступового скорочення, що фінансується державою.

Необхідно створити механізми надійного контролю суспільства й держави за функціонуванням пенсійної системи. Важливою складовою пенсійної рефор-

ми є її інформаційне забезпечення. Фахівці підкреслюють, що система інформування, роз'яснення сенсу проведених реформ має стати основною ланкою в процесі перетворень пенсійної системи.

Обов'язковим елементом роботи має бути формування в населення довіри до державної політики в цій сфері, демонстрація чітких, послідовних, цілеспрямованих кроків реформи. Важливо змінити стереотип, що пенсійне забезпечення — турбота лише держави. Має активно пропагуватися така думка, що треба самостійно турбуватися про свої пенсії в здоровому й працездатному віці. Необхідно розвивати послуги пенсійного консультування, державні програми, які включають інформування, освіту, консультування. Пропаганда пенсійної реформи — спільне завдання всіх учасників пенсійного ринку.

Найважливішим завданням держави є створення макроекономічних умов для успішного проведення пенсійної реформи. Економічне зростання сприяє збільшенню розмірів пенсій, що залежить, як відомо, від стосунків між працівниками і пенсіонерами, від розміру ВВП на одного працівника та відношення виплат пенсійної сфери до ВВП.

Експерти відзначають такі причини, які не дозволяють пенсійним грошам працювати на повну міць.

По-перше, це законодавчі обмеження з розміщення активів. Законодавством передбачено, що значну частину коштів пенсійні фонди можуть інвестувати в державні цінні папери.

По-друге, пенсії не можуть інвестуватися в нерухомість і землю, оскільки в Україні ринок землі ще не сформований, а інші ринки нестабільні.

По-третє, через слабкість фондового ринку.

Крім стимулювання зростання ВВП необхідна соціально-економічна політика держави щодо скорочення бідності й диференціації доходів населення. Потрібен розвиток інфраструктури фінансових і фондових ринків для того, щоб забезпечити надійне зберігання довгострокових пенсійних активів. Реформування фінансових ринків, у свою чергу, вимагає національної стратегії зростання фінансових ринків:

- удосконалення регулювання ринку;
- розвитку і впровадження нових фінансових інструментів;
- створення законодавства для ефективного захисту прав власності.

Однією з принципових особливостей пенсійної реформи в Україні є прагнення звільнити реформовану солідарну систему від невластивих їй виплат, зокрема пільгових пенсійних виплат окремим категоріям працівників, а також певних видів соціальних виплат, передбачених законодавством, чинним до 1 січня 2004 р. Як відомо, із запровадженням системи пенсійного страхування збережено право на отримання пільгових пенсійних виплат застрахованими особами, які працювали або працюють на роботах зі шкідливими, особливо шкідливими, важкими й особливо важкими умовами праці або на посадах, що дають право на призначення пенсії за віком на пільгових підставах або за вислугу років, за умови досягнення відповідного пільгового пенсійного віку та наявності необхідної тривалості професійного та загального трудового ста-

жу. Однак передбачено, що з часом подібні виплати будуть переведені до професійних та корпоративних пенсійних фондів, створення яких було передбачено Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення».

В економіці з розвинутими ринковими відносинами, в основу яких покладено принцип індивідуальної відповідальності роботодавців за втрату праездатності найманими працівниками, застосування подібної системи пенсійного забезпечення, економічна природа якої адекватна соціалістичній моделі розподільчих відносин, просто неможливе. Ніхто не вправі встановлювати будь-які привілеї одним категоріям застрахованих осіб і пенсіонерів за рахунок інших. Крім цього, наявність подібної соціальної несправедливості призводить до природного прагнення більшості працівників, які не належать до пільгових категорій, уникати сплати пенсійних внесків у повному обсязі, оскільки вони цілком обґрунтовано вважають, що з ними обійшлися несправедливо.

Отже, солідарна пенсійна система України, у межах якої здійснюються пільгові пенсійні виплати згаданим категоріям осіб, потребує реформування не тільки з погляду надмірного фінансового навантаження, а й з точки зору очевидної несправедливості перерозподілу фінансових ресурсів. Дослідження довгострокового фінансового становища пенсійної системи України в цілому однозначно вказують на необхідність стимулювання роботодавців до взяття на себе відповідальності за пенсійне забезпечення своїх працівників через недержавні пенсійні фонди.

Дослідження загальної ситуації, проведене фахівцями компанії ПАДКО, свідчить про існуючу на сьогодні заінтересованість чималої кількості великих і малих українських підприємств у можливостях участі і в заснуванні НПФ загалом.

У загальному вигляді недержавне професійне пенсійне забезпечення здійснюється за принципом солідарної відповідальності працівника й роботодавця під час формування пенсійних накопичень і розмірів майбутньої пенсії (на відміну від державного пенсійного забезпечення, яке здійснюється за принципом солідарності поколінь). В основу покладено принцип цільового фінансування майбутніх пенсій за рахунок обов'язкових і добровільних відрахувань коштів підприємства та його працівників у професійний або корпоративний НПФ. Майбутні пенсії є нічим іншим, як відкладеною формою заробітної плати працівників, що розміщується у вигідні об'єкти інвестування з метою захисту та збільшення пенсійних накопичень. Відповідний проект було підготовлено ще у 2007 р., однак до цього часу його не розглянуто.

Зазначені у статті проблеми і перспективи становлення сучасної системи пенсійного забезпечення України в якійсь мірі заплановані вирішуватись з прийняттям нової пенсійної реформи, проект якої жваво обговорюється на різних рівнях. Однак слід зазначити, що у тому вигляді, в якому законопроект існує на сьогодні, питання поліпшення пенсійного забезпечення залишаться невирішеними ще на довгі роки, оскільки він не передбачає вирішення головних завдань — створення робочих місць та своєчасної виплати заробітної плати.

### Література

1. Скрипник О. Лишні люди // Зеркало недели. — 2011. — № 4, 5 февр.
2. Концепція соціального забезпечення населення України : затв. постановою Верховної ради України від 21 груд. 1993 р. № 3758-ХП // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 6. — Ст. 32.
3. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 14 січ. 1998 р. № 16-98 // Офіційний вісник. — 1998. — № 6. — Ст. 219.
4. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 лип. 2003 р. № 1058-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 49–51. — Ст. 376.
5. Про недержавне пенсійне забезпечення : Закон України від 9 лип. 2003 р. № 1057-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 47–48. — Ст. 376.
6. Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 8 лип. 2010 р. № 2464-VI // Праця і зарплата. — 2010. — № 45, 1 груд.

### Анотація

*Харитонова Л. І.* Проблеми і перспективи становлення сучасної системи пенсійного забезпечення України. — Стаття.

Стаття визначає проблеми і перспективи становлення сучасної системи пенсійного забезпечення України. Проаналізовано законодавство з питання реформування пенсійної системи та запровадження накопичувальної системи.

*Ключові слова:* пенсійне забезпечення, пенсійна система, накопичувальна система, пенсійне законодавство.

### Аннотация

*Харитонова Л. И.* Проблемы и перспективы становления современной системы пенсионного обеспечения Украины. — Статья.

Статья определяет проблемы и перспективы становления современной системы пенсионного обеспечения Украины. Проанализировано законодательство по вопросам реформирования существующей пенсионной системы и внедрения накопительной системы.

*Ключевые слова:* пенсионное обеспечение, пенсионная система, накопительная система, пенсионное законодательство.

### Summary

*Charitonova L. I.* Problems and prospects of establishment a modern pension system in Ukraine. — Article.

The article is devoted to the problems and prospects of establishment a modern pension system in Ukraine. The author has analyzed the legislation on reform of existing pension system and introduction of a funded system.

*Keywords:* social protection, social security, pension system, pension legislation.

## ЩОДО ПРОБЛЕМИ НАДАННЯ ПІЛЬГ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯМ

Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Держава забезпечує соціальний захист громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України та в інших військових формуваннях, а також членів їхніх сімей [1].

Враховуючи особливості військово-службової діяльності, яка тісно пов'язана з обмеженням основних прав та свобод військовослужбовців, у свою чергу вимагає від держави певну компенсацію за ці обмеження. З цією метою, зокрема, законодавством і встановлено систему пільг для військовослужбовців.

В науці права соціального забезпечення України проблемам надання соціальних пільг присвячували увагу в своїх роботах такі вчені, як: М. Д. Бойко, Н. Б. Болотіна, В. Я. Буряк, С. М. Синчук, І. М. Сирота, І. С. Ярошенко та інші. Проте питанням надання пільг військовослужбовцям, на жаль, у науці права соціального забезпечення України не приділено належної уваги. Діюча система надання пільг військовослужбовця має численні істотні недоліки, про що свідчить аналіз багаторічної практики виконання законодавства України з питань надання пільг.

Метою даної статті є аналіз законодавства України щодо надання пільг військовослужбовцям як невід'ємної складової гарантованого державою права військовослужбовцям на соціальний захист, розроблення пропозицій щодо їх вдосконалення.

Пільги військовослужбовцям — це встановлені законодавством України переваги порівняно з іншими громадянами, що надаються особам, які проходять службу у Збройних Силах України та в інших військових формуваннях, сформованих відповідно до закону. До основних нормативно-правових актів України, які закріплюють право військовослужбовців на пільги, належать Конституція України [1], Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [2], декрети Кабінету Міністрів України «Про прибутковий податок з громадян» [3], «Про державне мито» [4] та ряд інших нормативно-правових актів.

Для військовослужбовців встановлені такі основні пільги: звільнення від сплати податків з грошового забезпечення; безкоштовний проїзд разом із членами сімей (крім членів сімей військовослужбовців строкової служби) і перевезення багажу на нове місце служби, а також безкоштовний проїзд у відпустку; звільнення від сплати державного мита за видачу їм вперше паспорта громадянина України; користування правом безоплатного проїзду всіма видами міського пасажирського транспорту (за винятком таксі) та автомобільним транспортом загального користування в сільській місцевості, а також заліз-

ничним і водним транспортом приміського сполучення та автобусами приміських маршрутів; безоплатна відправка та одержання листів та інші.

Попри багатоманітність пільг для військовослужбовців, сьогодні в Україні стоїть проблема щодо їх належного виконання, а також самої актуальності цих пільг.

Починаючи з 1995 року законами про Державний бюджет України неодноразово звужувалось право громадян на соціальний захист шляхом зупинення дії законів, що передбачають право на пільги. Конституційний Суд України неодноразово визнавав такі зміни неконституційними, однак зупинення дії законів, що передбачають право на пільги, законами про Державний бюджет України набрало системного характеру.

Так, ст. 36 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» [5] було передбачено, що пільги, компенсації і гарантії, на які згідно із законами України мають право окремі категорії працівників бюджетних установ, військовослужбовці та особи рядового і начальницького складу, щодо знижки плати за користування житлом (квартирної плати), паливом, телефоном та плати за комунальні послуги (водопостачання, водовідведення, газ, електрична та теплова енергія), безоплатний проїзд усіма видами міського пасажирського транспорту (за винятком таксі) та автомобільним транспортом загального користування у сільській місцевості, а також залізничним і водним транспортом приміського сполучення та автобусами приміських маршрутів надаються у разі, якщо зазначені працівники мають право на податкову соціальну пільгу. Розмір наданих пільг у грошовому еквіваленті разом із грошовими доходами зазначених працівників не повинен перевищувати величини доходу, який дає право на податкову соціальну пільгу.

Рішенням Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 [6] визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ст. 36 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік».

Зокрема, у рішенні Конституційний Суд України зазначає, що аналіз законодавчої діяльності Верховної Ради України свідчить про те, що при прийнятті законів про Державний бюджет України систематично зупиняється дія інших законів України щодо надання пільг, компенсацій і гарантій, які є складовою конституційного права громадян на соціальний захист і достатній рівень життя кожного (ст. ст. 46, 48 Конституції України). Систематичне зупинення законами про Державний бюджет України дії чинних законів України щодо надання пільг, компенсацій і гарантій фактично скасовує їх дію, в той час як зупинення дії положень законів, якими визначено права і свободи громадян, їх зміст та обсяг є обмеженням прав і свобод і може мати місце лише у випадках, передбачених Основним Законом України. Відповідно до ч. 3 ст. 22, ст. 64 Конституції України право громадян на соціальний захист, інші соціально-економічні права можуть бути обмежені, у тому числі зупиненням дії законів (їх окремих положень), лише в умовах воєнного або надзвичайного стану на певний строк.

Таким чином, Конституційний Суд України дійшов висновку, що законом про Держбюджет не можна вносити зміни до інших законів, зупиняти їх дію чи скасовувати їх, оскільки з об'єктивних причин це створює протиріччя у законодавстві і як наслідок — скасування та обмеження прав і свобод людини і громадянина, та звернув увагу Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України на необхідність додержання положень Конституції України при підготовці, прийнятті та введенні в дію такого закону.

Незважаючи на рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 Законом України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [7] внесено суттєві зміни до соціальних законів, що обмежують надання пільг не тільки військовослужбовцям, а й іншим категоріям населення.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 22 травня 2008 року № 10-рп/2008 [8] визнав такими, що не відповідають Конституції України положення Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» щодо обмеження прав громадян на пільги, та знову наголосив, що однією з конституційних гарантій прав і свобод людини і громадянина є недопущення їх скасування чи звуження їх змісту та обсягу при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів.

Аналізуючи проблеми надання пільг військовослужбовцям, необхідно відмітити, що останніми роками уряд України намагається перевести всю систему пільг до розряду державної соціальної допомоги, зокрема, Стратегією заміни системи пільг на адресну грошову допомогу населенню, затверджену постановою Кабінету Міністрів України від 2 березня 2002 року [9], передбачалося здійснити поетапне переведення пільг і субсидій населенню на компенсаційні виплати у грошовій формі, а також введення мораторію на запровадження нових видів пільг або розширення категорій їх одержувачів. Планувалося з 2005 року почати поетапне запровадження заміни пільг на грошові виплати. Але у зв'язку з перевантаженістю державного бюджету, недостатністю коштів Стратегію в 2004 році було скасовано.

На даний час діє та впроваджується Стратегія упорядкування системи надання пільг окремим категоріям громадян до 2012 року, затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 3 червня 2009 року [10], яка направлена на упорядкування системи надання пільг, спрямування відповідних бюджетних видатків на підтримку найменш захищених верств населення, для яких пільги, компенсації і гарантії є додатковим засобом забезпечення достатнього життєвого рівня, ефективне використання бюджетних коштів, ведення обліку фактично спожитих послуг і наданих пільг, визначення фактичного розміру відповідних бюджетних витрат.

Серед шляхів реалізації Стратегії необхідно відмітити скорочення переліку категорій отримувачів пільг за професійною ознакою за умови адекватного підвищення рівня їх доходів, і більше того, запровадження класифікації пільг залежно від їх соціального призначення — як форми визнання заслуг перед

Батьківщиною, соціальної підтримки для забезпечення достатнього життєвого рівня найменш захищених верств населення чи додаткової гарантії у зв'язку з особливими умовами праці.

Таким чином, держава прагне скасувати пільги за професійною ознакою, що, в свою чергу, стосуватиметься також і військовослужбовців.

Встановлення пільг особам, які мають право на пільги за професійною ознакою, загалом залишається досить спірним питанням. Багато науковців погоджуються, що ці пільги слід скасувати, оскільки вони є пережитком радянської системи, за якої були встановлені. Н. Б. Болотіна зазначає, що наявність пільг за професійним статусом за міжнародною практикою вважається нонсенсом, оскільки презумується, що заробітна плата працівника будь-якої категорії має забезпечувати гідний рівень життя йому та членам його сім'ї і надавати можливість самостійно оплачувати усі необхідні житлові, побутові, медичні та інші послуги [11, 524]. З даним твердженням Н. Б. Болотіни можна погодитись, однак чи в змозі на сьогодні України після скасування пільг забезпечити належний життєвий рівень громадянам, а зокрема, військовослужбовцям та членам їх сімей.

Підсумовуючи вище викладене, необхідно відмітити, що проблема надання пільг не тільки військовослужбовцям, а й іншим громадянам є на сьогодні дуже актуальною. Діюча система надання пільг потребує вдосконалення, зокрема, для прийняття зваженого рішення є нагальним всезагальне та глибоке дослідження проблем надання пільг як всім категоріям населення, так і військовослужбовцям зокрема. Держава повинна вживати заходів щодо поступового реформування системи пільг, заміни їх на адресну допомогу чи інший адресний підхід.

Правильне вирішення цих проблем сприятиме підвищенню рівня соціального захисту не тільки військовослужбовців, а також ефективному функціонуванню системи соціального забезпечення в цілому та підвищенню престижу військової служби.

### Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20 груд. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 15. — Ст. 190.
3. Про прибутковий податок з громадян : Декрет Кабінету Міністрів України від 26 груд. 1992 р. № 13-92 // Відомості Верховної Ради України — 1993. — № 10. — Ст. 77.
4. Про державне мито : Декрет Кабінету Міністрів України від 21 січ. 1993 р. № 7-93 // Відомості Верховної Ради України — 1993. — № 13. — Ст. 113.
5. Про Державний бюджет України на 2007 рік : Закон України від 19 груд. 2006 р. № 489-V // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 7-8. — Ст. 66.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 29, 30, частини другої статті 56, частини другої статті 62, частини першої статті 60, пунктів 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 статті 71, статей 98, 101, 103, 111 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» (справа про соціальні гарантії громадян) від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.

7. Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 28 груд. 2007 р. № 107-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 5-6, 7-8. — Ст. 78.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 65 розділу I, пунктів 61, 62, 63, 66 розділу II, пункту 3 розділу III Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» і 101 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 67 розділу I, пунктів 1-4, 6-22, 24-100 розділу II від 22 травня 2008 р. № 10-рп/2008 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
9. Стратегія заміни системи пільг на адресну грошову допомогу населенню : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 2 берез. 2002 р. № 253 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 10 — Ст. 480.
10. Стратегія упорядкування системи надання пільг окремим категоріям громадян до 2012 року : схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 3 черв. 2009 р. № 594-р // Офіційний вісник України. 2009. № 42. Ст. 1416.
11. Болотіна Н. Б. Право соціального захисту України : навч. посіб. / Н. Б. Болотіна. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Знання, 2008. — 663 с.

### Анотація

*Шушлюк М. О.* Щодо проблеми надання пільг військовослужбовцям. — Стаття.

У статті аналізується законодавство України щодо надання пільг військовослужбовцям. Розглядаються практичні питання належного виконання законодавства України щодо надання пільг військовослужбовцям, а також ставиться питання самої актуальності цих пільг.

*Ключові слова:* соціальний захист, пільги, військовослужбовці, соціальна допомога.

### Аннотация

*Шушлюк М. О.* О проблеме предоставления льгот военнослужащим. — Статья.

В статье анализируется законодательство Украины относительно предоставления льгот военнослужащим. Рассматриваются практические вопросы надлежащего выполнения законодательства Украины относительно предоставления льгот военнослужащим, а также ставится вопрос об актуальности этих льгот.

*Ключевые слова:* социальная защита, льготы, военнослужащие, социальное пособие.

### Summary

*Shyshlyuk M. O.* Concerning the problem of military benefits. — Article.

The article analyzes the legislation of Ukraine on providing military benefits. It covers practical issues of proper implementation of legislation of Ukraine on military benefits and raises the question of the relevance of these benefits.

*Keywords:* social security, benefits, military, hardship allowance.

**ОБОВ'ЯЗКОВІ УМОВИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ  
В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ:  
СПРОБА ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО АНАЛІЗУ**

Відповідно до ч. 1 ст. 21 КЗпП України [1] трудовий договір є угодою між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. Розширення сфери договірної регуляції суспільно-трудових відносин потребує всебічного дослідження трудових прав сторін трудового договору. В теорії цивільного права договірне регулювання суспільних відносин пов'язується з певними умовами, які становлять зміст договору і без яких такий договір не можна вважати укладеним [2]. Такі умови прийнято називати істотними чи обов'язковими. Необхідність тих чи інших умов, як правило, вирішується в законодавчому порядку. У трудовому законодавстві, на відміну від того ж цивільного законодавства, таких умов для трудового договору не передбачено.

У трудовому праві умови трудового договору прийнято поділяти на: визначені законодавством і прийняті за домовленістю сторін — договірні. Договірні в свою чергу поділяють на обов'язкові (необхідні) і додаткові (факультативні).

Обов'язкові умови — це умови, що повинні міститися в будь-якому трудовому договорі. Без домовленості щодо них договір не може вважатися укладеним [3, 291, 292].

У трудовому договорі зазвичай виділяють такі обов'язкові умови:

а) трудова функція — про яку йдеться у ст. 21 КЗпП, коли говориться, що в трудовому договорі має бути зазначена «робота, визначена угодою». Вона вказується шляхом визначення в трудовому договорі професії, спеціальності, кваліфікації і посади. Для визначення трудової функції використовується «Класифікатор професій» ДК 003:2010, затверджений наказом Держспоживстандарту України 28 липня 2010 р. [4]. За основу його розроблення прийнято Міжнародну стандартну класифікацію професій, яку Міжнародна конференція статистики праці Міжнародного бюро праці рекомендувала для переведення національних даних у систему, що полегшує міжнародний обмін професійною інформацією. Професія — це рід трудової діяльності людини, що володіє комплексом спеціальних знань, практичних навичок, одержаних шляхом спеціальної освіти, навчання чи досвіду, які дають можливість здійснювати роботу в певній сфері суспільного виробництва з урахуванням різних форм влас-

ності чи господарювання. Спеціальність є сукупністю набутих шляхом спеціальної підготовки та досвіду роботи знань, умінь і навичок, необхідних для виконання певного виду трудової діяльності в межах даної професії. Кваліфікація — рівень підготовленості, майстерності, ступінь готовності до виконання праці за визначеною спеціальністю чи посадою, що визначається розрядом, класом чи іншими атестаційними категоріями. Кваліфікація є ступенем професійної навченості, тобто рівнем підготовки, досвіду і знань з певної спеціальності. Посада є службовим положенням працівника, зумовленим колом його прав та обов'язків і характером відповідальності;

б) угода про прийняття на роботу є взаємним волевиявленням сторін трудового договору з приводу влаштування працівника на певну роботу на підприємстві, в установу чи в організацію;

в) умови оплати праці. Сторони трудового договору домовляються про розмір посадового окладу, тарифної ставки та відрядних розцінок, наявність і величину доплат, надбавок, премій та заохочувальних виплат, порядок виплати заробітної плати тощо;

г) місце роботи — певне підприємство (установа, організація), розташоване в певній місцевості, на якому буде працювати працівник;

д) строк дії трудового договору. За ст. 23 КЗпП трудовий договір може бути: безстроковим, що укладається на невизначений строк; на визначений строк, встановлений за погодженням сторін; таким, що укладається на час виконання певної роботи.

Умови трудового договору, що включаються у його зміст, визначені у ст. 57 Трудового кодексу Російської Федерації [5]. В новому Кодексі, на відміну від КЗпП РРФСР 1971 р., де йшлося лише про істотні умови праці, під якими, зокрема, розумілися система і розмір оплати праці, пільги, режим роботи тощо, визначено перелік обов'язкових умов, які повинні бути включені в будь-який трудовий договір. Разом із тим навіть при відсутності у трудовому договорі будь-якого із обов'язкових умов такий договір, на відміну від цивільно-правового, вважається укладеним із зазначеного в ньому моменту.

Цікаво, що у редакції ст. 57 ТК РФ до 30 червня 2006 р. розглядувані умови іменувалися «суттєвими». Заміна терміна «істотні» умови на «обов'язкові» є цілком правомірною, оскільки термін «істотні» стосовно до всіх умов, що містяться у ст. 57 ТК РФ, не відповідав сформованим у юридичній науці уявленням про поняття «істотні умови договору». Ними визнаються умови, необхідні і достатні для того, щоб договір вважався укладеним. До таких умов з числа умов, передбачених аналізованою нормою, повною мірою можна віднести тільки такі, як місце роботи, трудова функція і дата початку роботи. Що стосується інших «обов'язкових» умов, то їх обсяг залежить виключно від тієї мети, для якої приймається відповідна норма. Виходячи із загальної мети трудового законодавства, сформульованої в ст. 1 ТК РФ (захист прав і інтересів працівника та роботодавця), визнання обов'язковими для включення в трудовий договір тих умов, які передбачені ст. 57 Кодексу, можна вважати виправданим, за винятком умов, які обов'язкові для сторін трудового договору в силу

закону чи іншого нормативного правового акта, наприклад про обов'язкове соціальне страхування.

До числа обов'язкових для включення в трудовий договір умов ч. 2 ст. 57 ТК РФ відносять: місце роботи, під яким розуміється конкретна організація — юридична особа, яка має своє найменування; трудову функцію працівника, яка полягає у виконанні роботи за певною посадою у відповідності зі штатним розкладом або за певною професією чи спеціальністю із зазначенням кваліфікації або у виконанні конкретного виду роботи, що доручається працівникові; дату початку роботи, тобто число, місяць і рік, з якого працівник зобов'язаний приступити до виконання своїх трудових обов'язків; умови оплати праці, в тому числі розмір тарифної ставки або окладу (посадового окладу) працівника, доплати, надбавки і заохочувальні виплати; режим робочого часу і часу відпочинку; компенсації за важку роботу і роботу з шкідливими та (або) небезпечними умовами праці, а також характеристики умов праці на робочому місці, якщо працівник відповідно до трудового договору приймається на роботу у відповідних умовах; умови, що визначають в необхідних випадках характер роботи (рухомий, роз'їзний, в дорозі та ін.); умову про обов'язкове соціальне страхування, на яку має право працівник відповідно до Трудового кодексу та інших федеральних законів.

У деяких випадках ТК, федеральними законами та іншими нормативно-правовими актами передбачається внесення певних умов у трудовий договір в обов'язковому порядку. Так, згідно зі ст. 9 Федерального Закону «Про аварійно-рятувальні служби і статус рятувальників» від 22 серпня 1995 р. [6] у трудових договорах з громадянами, які вступають у професійні аварійно-рятувальні служби, професійні аварійно-рятувальні формування на посади рятувальників, закріплюються особливості та режим роботи рятувальників, порядок та умови оплати праці, соціальні гарантії та пільги рятувальникам, зобов'язання неухильного виконання рятувальниками покладених на них обов'язків і розпоряджень керівників аварійно-рятувальних служб, аварійно-рятувальних формувань на чергуванні і при проведенні робіт з ліквідації надзвичайних ситуацій.

За Трудовим кодексом Республіки Білорусь [7] трудовий договір повинен містити в якості обов'язкових такі відомості та умови: дані про працівника і наймача, які уклали трудовий договір; місце роботи із зазначенням структурного підрозділу, до якого працівник приймається на роботу; трудова функція (робота за одною або декількома професіями, спеціальностями, посадами з зазначенням кваліфікації відповідно до штатного розкладу наймача, функціональних обов'язків, посадової інструкції); основні права й обов'язки працівника і роботодавця; строк трудового договору (для строкових трудових договорів); режим праці та відпочинку (якщо він щодо даного працівника відрізняється від загальних правил, встановлених у наймача); умови оплати праці (в тому числі розмір тарифної ставки (окладу) працівника, доплати, надбавки і заохочувальні виплати).

Однак низка умов трудового договору не може бути встановлена за угодою сторін. До їх числа відносяться: умови, що стосуються підстав звільнення;

встановлення не передбачених законом дисциплінарних стягнень; введення для працівників додаткових підстав повної матеріальної відповідальності; порядок розгляду індивідуальних трудових спорів.

Законодавство країн далекого зарубіжжя також визначає мінімум обов'язкових відомостей, які повинні включатися в будь-який трудовий договір.

Так норвезьким законодавством передбачені такі обов'язкові умови і відомості, як: найменування сторін; місце роботи; трудова функція; дата початку роботи; передбачувана тривалість роботи при укладанні строкового договору; тривалість щорічної оплачуваної відпустки; тривалість терміну попередження про розірвання трудового договору сторонами; заробітна плата, в тому числі надтарифна надбавка; заводські пенсії; нормальна тривалість робочого дня і робочого тижня; випробувальний строк. Деякі із зазначених відомостей можуть являти собою посилення на відповідні закони та інші нормативні акти.

У Люксембурзі трудові договори повинні містити дані про трудову функцію працівника, тривалість робочого часу, розмір заробітної плати, випробувальний строк, тривалість договору, якщо він укладений на строк, а також специфічні умови, внесені в договір за угодою сторін.

В Італії в галузевих колективних договорах зазвичай встановлено, що підприємець зобов'язаний надати своєму працівникові при наймі письмовий документ, в якому мають бути визначені: дата початку роботи, місце роботи, трудова функція, заробітна плата та інші умови, погоджені сторонами [8].

За законодавством Болгарії трудовий договір має визначати: (а) місце роботи, (б) найменування посади й характер роботи, (в) дату укладення і початок його виконання, (г) строк трудового договору, (д) розмір основної й подовженої щорічної відпустки, а також додаткових річних оплачуваних відпусток, (е) однаковий строк (для обох сторін) попереднього повідомлення при припиненні трудового договору, (є) основні й додаткові постійні трудові винагороди, періодичність їх виплати, (ж) тривалість робочого дня або тижня [9].

У трудовому праві ФРН діє принцип свободи договору, який встановлює, що сторони вільні включати в трудовий договір всі питання, що стосуються діяльності працівника на даному підприємстві. Зокрема, у зміст трудового договору можуть бути включені такі істотні умови, як вид виконуваної роботи, тривалість робочого часу, відпусток та ін.

За законодавством Італії у трудовій договір включається умова про тривалість робочого дня і робочого тижня [8].

Федеральним законодавством США і законодавством штатів регулюються наступні умови трудового договору: мінімальний розмір заробітної плати, максимальний строк трудового договору, порядок виплати заробітної плати, тривалість робочого часу протягом тижня, види відпочинку, мінімальна тривалість щорічної відпустки, обов'язкова оплата понаднормових робіт.

Хорватське законодавство зобов'язує включати в трудовий договір відомості про спеціальність, професію, рівень кваліфікації працівника та інші вимоги до його професійних здібностей. Договір визначає день прийому на роботу, три-

валість робочого часу, строк випробування, розмір заробітної плати, тривалість щорічної основної та додаткової відпустки, інші права й обов'язки сторін.

Згідно з законодавством про працю Чехії роботодавець зобов'язаний погодити з працівником у трудовому договорі наступні істотні умови: рід роботи; місце виконання роботи (населений пункт, структурний підрозділ або іншим чином певне місце); дату початку роботи [10].

Трудовий договір за законодавством КНР має включати такі обов'язкові умови, як: а) ім'я й місце проживання юридичного представника або головної відповідальної особи роботодавця; б) ім'я, місце проживання й номер посвідчення або іншого документа, що засвідчує особу працівника; в) обсяг і місце роботи; г) робочі години, часи відпочинку й відпустки; д) оплата праці; е) соціальне страхування; є) охорона й умови праці, захист від виробничих ризиків; ж) інші умови, які згідно із законами і правилами слід включити в договір [11].

Таким чином, зарубіжні законодавчі акти у царині праці, як правило, не переслідують мети врегулювання трудових відносин у їх повному обсязі, визначення всіх умов праці. У першу чергу централізованій регламентації піддаються основні, принципові питання взаємодії сторін трудових правовідносин. Стосовно ж змісту трудового договору законодавець обмежується встановленням лише основних положень, з урахуванням яких сторони можуть досягти домовленості у договірному порядку. Загалом же трудове законодавство зарубіжних країн до числа обов'язкових умов трудового договору, як правило, відносить: місце роботи; час початку роботи і строк трудового договору; трудову функцію працівника; режим праці й відпочинку; умови й розмір оплати праці. Такий підхід має бути обов'язково врахований при доопрацюванні проекту Трудового кодексу України.

### Література

1. Кодекс законів про працю України : затв. Законом УРСР від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — № 50 (Додаток). — Ст. 375.
2. Підпригора О. А. Цивільне право : підручник / О. А. Підпригора. — К. : Вентурі, 1997. — 480 с.
3. Прилипко С. М. Трудове право України : підручник / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. 4-те вид., переробл. і допов. — Х. : ФППП, 2011. — 800 с.
4. Класифікатор професій ДК 003:2010 : затв. наказом Держспоживстандарту України 28 лис. 2010 р. № 327 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://search.ligazakon.ua>.
5. Трудовой кодекс Российской Федерации : принят Государственной Думой РФ 21 дек. 2001 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.consultant.ru/popular/tkrf/1415.html#p1247>.
6. Об аварийно-спасательных службах и статусе спасателей : Федеральный Закон от 22 апр. 1995 г. № 151-03 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://zakonprost.ru>.
7. Трудовой кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 8 июля 1999 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://pmo.by/zakony>.
8. Трудовий договір у Європейських країнах [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://refs.com.ua>
9. Трудовой кодекс Республики Болгарии (в ред. от 25 нояб. 1992 г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.onlinebg.ru/mediawiki/index.php>.
10. Трудовий договір в постсоціалістичних країнах [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://buklib.net>
11. О трудовом договоре : Закон КНР от 29 июня 2007 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.asia-business.ru/law/law3/dogovor/>

### Анотація

*Прудніков В. А.* Обов'язкові умови трудового договору в Україні та зарубіжних державах: спроба порівняльно-правового аналізу. — Стаття.

Зарубіжне трудове законодавство до числа обов'язкових умов трудового договору, як правило, відносить: місце роботи; час початку роботи і строк трудового договору; трудову функцію працівника; режим праці й відпочинку; умови й розмір оплати праці. Такий підхід має бути обов'язково врахований при доопрацюванні проекту Трудового кодексу України.

*Ключові слова:* трудовий договір, зміст трудового договору, обов'язкові умови, зарубіжний досвід.

### Аннотация

*Прудников В. А.* Обязательные условия трудового договора в Украине и зарубежных государствах: попытка сравнительно-правового анализа. — Статья.

Зарубежное трудовое законодательство в число обязательных условий трудового договора, как правило, включает: место работы; время начала работы и срок трудового договора; трудовую функцию работника; режим труда и отдыха, условия и размер оплаты труда. Такой подход должен быть обязательно учтен при доработке проекта Трудового кодекса Украины.

*Ключевые слова:* трудовой договор, содержание трудового договора, обязательные условия, зарубежный опыт.

### Summary

*Prudnikov V. A.* Mandatory conditions of employment in Ukraine and foreign countries: an attempt to comparative legal analysis. — Article.

Foreign labor laws in the number of mandatory conditions of the employment contract usually includes: place of work; start time and duration of the employment contract; employee labor function; work and rest; conditions and wages. Such an approach should be taken into account when necessary revision of the draft Labour Code of Ukraine.

*Keywords:* employment contract, the contents of an employment contract, binding conditions, foreign experience.

УДК 349.235(477): 331.32

*О. А. Трюхан*

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДПУСТОК ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

В умовах переходу України до ринкових відносин досить актуальною постає проблема вдосконалення трудового законодавства, що відіграє ключову роль у забезпеченні матеріального та культурного рівня населення, його подальшого розвитку як соціально захищеної нації. Одним із чинників у вирішенні цього питання є необхідність розробки та прийняття нового Трудового кодексу України.

Після здобуття Україною незалежності одним із першочергових завдань розбудови демократичної, соціальної та правової держави стало формування власної законодавчої бази, в тому числі і в галузі трудового права. Робота в цій сфері полягає в комплексному оновленні трудового законодавства, яке б відпо-

відало ринковим відносинам та міжнародним стандартам. Відповідних змін потребує і законодавство про відпустки.

Людина, яка працює в Україні, має певні права, зокрема, право на відпустку. Але в нинішній соціально-економічній ситуації важливо не тільки мати право на відпустку, закріплене у Конституції та нормативних актах, а мати реальну можливість його реалізувати.

Серед авторів, які зверталися до вивчення окремих аспектів цієї тематики та внесли значний вклад в її розробку, необхідно відмітити вчених: Н. Б. Болотіну, В. С. Венедіктова, В. М. Венедіктову, Л. П. Гаращенко, Г. С. Гончарову, С. В. Дріжчану, Д. О. Карпенка, А. Р. Мацюка, О. І. Процевського, В. Г. Ротаня, В. С. Стичинського, Г. І. Чанишеву, Н. М. Хуторян та інших.

Мета даної статті розглянути основні напрямки вдосконалення механізму реалізації права на відпустку у проекті Трудового кодексу. Звернути увагу на проблеми, які виникають у процесі реалізації права на відпустку, та дослідити основні напрямки їх розв'язання шляхом аналізу норм проекту нового Трудового кодексу України, а також проаналізувати правове регулювання відпусток в сучасній Європі.

Ставши на шлях розвитку ринкової економіки, Україна потребує переосмислення та вдосконалення регулювання суспільних відносин, у тому числі й трудових. Ті норми, що були прийняті майже 30 років тому, не можуть працювати в нинішніх умовах, оскільки жорстке регулювання трудових відносин вичерпало себе. Тому назріла нагальна потреба реформування трудового законодавства відповідно до розвитку економіки та суспільних відносин.

Для того щоб розуміти всі недосконалості запропонованого проекту Трудового кодексу, необхідно знати, які конкретні проблеми він може спричинити у разі прийняття цього документа у сьогоднішньому його вигляді. Триває процес нормотворення, пов'язаний з кодифікацією і підготовкою проекту Трудового кодексу, і тривають пропозиції та зауваження учених-юристів щодо окремих положень кодексу і, зокрема, до глави 3 книги третьої, яка містить норми регулювання порядку надання відпусток найманим працівникам.

В цій статті наведемо ті можливі проблеми, які виникнуть у сфері надання відпусток. І тут потрібно зазначити, що правові норми, викладені у Трудовому кодексі, зокрема щодо регулювання відпусток, є кроком назад у законотворчості в порівнянні з існуючим регулюванням, оскільки вони можуть розцінюватися як обмеження прав працівників.

Так, ст. 2 «Право на справедливі умови праці» Європейської соціальної хартії (переглянутої) від 3 травня 1996 р., яку ратифікувала Верховна Рада України, закріплює право на щорічну оплачувану відпустку тривалістю не менше як чотири тижні (п. 3) [1]. Україна не взяла зобов'язання за п. 3 ст. 2 ЄСХ(п), тому не можна вимагати встановлювати мінімальну відпустку у 28 календарних днів у новому Трудовому кодексі.

Згідно зі ст. 169 проекту Трудового кодексу щодо надання працівникові відпустки роботодавець зобов'язаний видати наказ (розпорядження), підставою для якого є письмова заява працівника. У випадку, якщо наказ (розпоря-

дження) про надання відпустки не виданий, працівник не має права на свій розсуд визначати день початку відпустки [2]. Таким чином, незважаючи на узгоджений роботодавцем та працівником графік відпусток і подану працівником письмову заяву про надання відпустки у строки, зазначені у графіку, працівник може опинитися в ситуації, коли роботодавець не видає наказ про відпустку. А це фактично блокує можливість використання працівником передбаченого Конституцією України права на відпочинок [3].

І це незважаючи на те, що відповідно до іншої статті (ст. 184) проекту виконання графіка є обов'язковим як для роботодавця, так і для працівника, а згідно з Законом України «Про відпустки» (ст. 10) роботодавець зобов'язаний письмово повідомити працівника про дату початку відпустки не пізніше, ніж за 2 тижні до встановленої графіком дати [4].

Потребують узгодження також норми проекту, які передбачають порядок і час надання щорічної трудової відпустки. Згідно з п. 4 ст. 185 проекту ТК щорічна трудова відпустка надається згідно з графіком, який складається роботодавцем за погодженням з виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим працівником). Виникає питання, а як бути у тому випадку, коли профспілкової організації, а відповідно і профспілкового представника немає? Вирішуючи це питання, доцільно відтворити ч. 4 ст. 79 чинного КЗпП України, у зв'язку з чим п. 4 ст. 189 проекту викласти в такій редакції: «Черговість надання відпусток визначається роботодавцем за погодженням з виборним органом первинної профспілкової організації чи іншим органом, уповноваженим на представництво колективом найманих працівників».

Деякі положення проекту Трудового кодексу, якими регулюється питання надання та використання щорічних трудових відпусток, можна розглядати як зниження рівня гарантій трудових прав працівників. Зокрема, роботодавець наділяється правом одночасного надання відпустки всім працівникам (більшості працівників) підприємства або його структурного підрозділу, якщо характер діяльності підприємства позбавляє можливості надання відпустки працівникам у різний час з урахуванням їх інтересів та інших обставин. Іншими словами, працівник може бути позбавлений права в повній мірі розпорядитися своїм правом на відпустку за власним розсудом, що суперечить навіть іншим нормам проекту Трудового кодексу.

Крім того, у порівнянні з чинним Кодексом законів про працю, проект не враховує права на соціальну відпустку одиноких матерів (батьків) або осіб, які усиновили дитину. Також у проекті Трудового кодексу виключено положення про компенсацію проїзду на навчання у разі навчання без відриву від виробництва.

Слід визнати, що законодавство України про відпустки не є ідеальним, так як не в одному законі та жодному нормативно-правовому акті немає точного визначення відпустки, також при наданні відпусток, часто не зрозуміло, що означає поняття «відпустка», «основна відпустка», «додаткова відпустка» тощо. Теж саме можна сказати і про види відпусток, які врегульовані в ст. 4 Закону України «Про відпустки» або поняття «мінімальної відпустки», якому Закон

не дає визначення. Слід відмітити, що у главі «Відпустки» проекту ні загального визначення, що таке «відпустка», ні жодного з визначень видів відпусток («основна трудова відпустка», «додаткова трудова відпустка», «творча відпустка», «заохочувальна відпустка», «навчальна відпустка», «соціальна відпустка», «відпустка без збереження заробітної плати») законодавцем не надається. Відсутність цих понять призводить до неточностей при віднесенні тієї чи іншої відпустки до окремого виду. У зв'язку з цим доцільно було б в окремій статті проекту ТК дати загальне визначення відпустки та кожного з її видів, адже понятійний апарат відпусток уже розроблений в юридичній літературі і може бути використаний законодавцем.

Потребують трудового уточнення й норми, які регулюють порядок надання та використання додаткових відпусток. Так, викликає заперечення редакція ст.180 проекту ТК, де зазначено: якщо працівник має право на щорічну додаткову відпустку за кількома підставами, додаткова відпустка надається йому лише за однією, обраною самим працівником. І далі зазначається, що порядок надання відпусток за кількома підставами визначається Кабінетом Міністрів України. Звідси випливає, що працівникові може бути надана щорічна додаткова відпустка за кількома підставами. Тоді чому б не визначити випадки і порядок надання додаткових відпусток за кількома підставами в самому проекті ТК і не залишати це на розсуд Кабінету Міністрів України?

Щодо відпусток без збереження заробітної плати, то до 3 місяців збільшується термін відпустки без збереження заробітної плати за заявою працівника, тоді як згідно з Кодексом законів про працю цей термін не може перевищувати 15 днів на рік [5]. Крім того, проектом Трудового кодексу встановлюється можливість роботодавця тимчасово призупиняти роботу окремих структурних підрозділів або юридичної особи в цілому з наданням працівникам за їх згодою відпустки без збереження заробітної плати або з частковим її збереженням на строк до двох місяців. Викликає певні заперечення і формулювання п. 2 ст. 199 проекту ТК, згідно з яким за наявності в працівника права на відпустку без збереження заробітної плати за кількома підставами відпустка надається за однією з підстав на вибір працівника. Чи означає це, що працівник не може використати дві чи кілька відпусток без збереження заробітної плати одночасно, чи він вже не зможе використати відпустку без збереження заробітної плати за іншою підставою протягом робочого року взагалі? Цілком зрозуміло, що ця норма може бути неоднозначно витлумачена і застосована на практиці. Усі види відпусток без збереження заробітної плати мають цільове призначення і підстави, у зв'язку з якими вони надаються, у багатьох випадках є заздалегідь не передбачуваними (смерть рідних, одруження, хвороба тощо). Тому, якщо працівник використовує відпустку за однією з підстав, його не можна позбавляти права на відпустку за іншою підставою.

Важливим позитивним моментом проекту Трудового кодексу України, на нашу думку, є закріплення п. 1 ч. 2 ст. 194 оплачуваної соціальної відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами тривалістю 3 календарні дні для медичного обстеження.

Доцільно звернути увагу на досвід правового регулювання визначення тривалості щорічних відпусток в ТК РФ, який містить норму про те, що тривалість щорічної основної і додаткової відпусток максимальною межею не обмежується (ч. 1 ст. 120) [6]. Дане положення посилює юридичні гарантії права на відпочинок російських працівників в порівнянні із нормами чинного трудового законодавства України. Тому доцільно й актуально, враховуючи загальносвітову тенденцію до збільшення тривалості щорічної відпустки, внести зміни до Закону України «Про відпустки».

І тут потрібно зазначити, що, знаючи, яким чином роботодавці використовували і використовують цей інструмент у своїх цілях (відомими є факти, коли роботодавець просто змушує своїх працівників писати такі заяви під загрозою звільнення, переведення тощо), стає зрозумілим, що ця норма не буде стояти на захисті прав працівників.

Варто звернути увагу на правове регулювання відпусток в сучасній Європі. Щодо їх тривалості, то вона відповідає нормам міжнародного права, але в деяких державах Європи взагалі немає законодавчих актів про відпустки (наприклад, у Великобританії). У Франції, Німеччині чинні спеціальні законодавчі акти, що регулюють це питання. Тобто в деяких країнах питання про відпустки регулюється на рівні закону, в інших — колективних договорів [7].

Так, у Франції за один місяць роботи працівник отримує відпустку 2,5 дня, але загальна тривалість її не повинна перевищувати 30 робочих днів.

Федеральний закон Німеччини про відпустки від 8 січня 1963 р. проголошує право на щорічну оплачувану відпустку для всіх працівників і службовців, а також учнів виробничого навчання. Право на відпустку виникає через шість місяців роботи, що відповідає нормі, закріпленій у п. 2 ст. 5 Конвенції МОП № 132.

Крім цього, законодавством та колективними договорами в країнах Європи передбачені і інші види цільових відпусток: відпустка «себетікл»; відпустки для будівництва власного будинку, для запровадження власного бізнесу; відпустки для працівників, які не палять [8]. Таким чином, система заохочувальних відпусток в Європі має більш широке застосування, ніж в Україні.

Хотілось би зауважити, що на даний час можна спостерігати недостатній рівень нагляду за правовим регулюванням відпусток з боку держави. Тому відповідно існують деякі зловживання, особливо з боку роботодавців. Очевидно, що це пов'язано з переходом до ринкової економіки, в рамках якої всі роботодавці працюють щодо отримання прибутку, тому на проблеми і права працівників особлива увага не звертається, а від працівника вимагається максимальна віддача та докладання якомога більших зусиль [9]. Для прикладу, «de facto» забороняється ненадання щорічних відпусток повної тривалості протягом двох років підряд та заміна їх грошовою компенсацією, «de ure» на практиці роботодавцю зручніше замінити відпустку грошовим еквівалентом, чим втрачати цінного працівника, навіть якщо і на короткий термін.

Підлягає критиці норма, що регулює питання надання творчої відпустки одному з авторів підручника чи наукової праці. Виходить так, що інші автори повинні давати згоду на це, тим самим відмовляючись від свого права на таку

відпустку. Але ж це — обмеження трудових прав працівника, що є неприпустимим. Думаємо, що буде доцільним нормативно закріпити поділ такої відпустки серед авторів, а також визнати право на творчу відпустку кожного з них, в залежності від їх вкладу в даній науковій праці.

Очевидно, що це лише деякі з тих проблем, з якими стикнуться працівники у сфері надання відпусток, але і вони засвідчують недосконалість цих положень проекту Трудового кодексу, які при їх бездумному прийнятті спричинять зниження гарантії права людини на працю в Україні.

Хочеться вірити, що народні депутати, готуючи проект ТК у Верховній Раді України, прислухаються до пропозицій учених-юристів, які сприяють удосконаленню норм проекту Трудового кодексу України, однозначному їхньому розумінню під час практичного застосування в майбутньому, а отже запобігатимуть виникненню зайвих трудових спорів між роботодавцями та працівниками.

### Література

1. Європейська соціальна хартія (переглянута) від 1996 р., ратифікована 14.09.2006 р. // Міжнародні акти про права людини : зб. док. — М. : Вид. група НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — С. 52–62.
2. Трудовий Кодекс України : проект Закону України від 2 жовт. 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://gska2.rada.gov.ua>.
3. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Про відпустки : Закон України від 15 листоп. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. 1997. № 2. Ст. 4.
5. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Дод. до № 50. — Ст. 375.
6. Миронов В. И. Постатейный материал комментария Трудового кодекса РФ // Трудовое право. — 2002. — № 8.
7. Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право : учебник / И. Я. Киселев. — М. : ТК Велби : Проспект, 2005. — 360 с.
8. Гарашенко Л. П. Правове регулювання відпусток за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. П. Гарашенко ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2002. — 21 с.
9. Шалашіна Є. Особливості практичного застосування норм законодавства про відпустки // Праця і закон. 2008. № 6.

### Анотація

**Трюхан О. А.** Правове регулювання відпусток за проектом Трудового кодексу України. — Стаття.

У статті розглянуті основні напрямки вдосконалення механізму реалізації права на відпустку у проекті Трудового кодексу. Звертається увага на проблеми, які виникають у процесі реалізації права на відпустку та досліджуються основні напрямки їх розв'язання шляхом аналізу норм проекту Трудового кодексу України, а також аналізується правове регулювання відпусток в сучасній Європі.

**Ключові слова:** відпустка, основна відпустка, додаткова відпустка, відпустка без збереження заробітної плати, графік відпусток.

### Аннотация

**Трюхан О. А.** Правовое регулирование отпусков по проекту Трудового кодекса Украины. — Статья.

В статье рассмотрены основные направления совершенствования механизма реализации права на отпуск в проекте Трудового кодекса Украины. Акцентируется внимание на проблемы,

которые возникают в процессе реализации права на отпуск и исследуются основные направления их разрешения путем анализа норм проекта Трудового кодекса Украины, а также анализируется правовое регулирование отпусков в Европе.

*Ключевые слова:* отпуск, основной отпуск, дополнительный отпуск, отпуск без сохранения заработной платы, график отпусков.

### Summary

*Trykhan O. A.* Legal regulations of vacations by the Draft Labour Code of Ukraine. Article.

The article discusses the basic directions of improvement «the right to leave» in Labour Code draft. The author pays attention to the problems arising during the «right to leave» implementation and investigates the main directions of their solution by analyzing Labour Code of Ukraine draft and legal regulation of holidays in Europe today.

*Keywords:* leave, major leave, additional leave, social leave, leave without pay, leave schedule.

УДК 349.2:331.105.22/24

Д. В. Могила

### ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ КЕРІВНИКІВ ПІДПРИЄМСТВ, УСТАНОВ, ОРГАНІЗАЦІЙ ЯК ПРАЦІВНИКІВ

Ефективне врегулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників, врахування при такому врегулюванні особливостей цих відносин є першочерговою задачею. Проте це не враховується законодавством про працю. Нормативно встановлюються лише фрагментарні правила, що регулюють трудові відносини з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників. З огляду на викладене слід визнати актуальним звернення до проблеми тенденцій розвитку трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників.

Проблема правового врегулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників на матеріалах законодавства про працю Російської Федерації досліджувалась в кандидатській дисертації Д. Р. Акоповим [1]. В Україні до цієї проблеми звертався В. Л. Костюк [2]. Методологічним підґрунтям дослідження проблеми, про яку йдеться, можуть бути визнані також роботи М. Г. Александрова, Б. К. Бегічева, О. М. Бухаловського, В. М. Скобелкіна та А. М. Слюсара.

Метою цієї статті є виявлення тенденцій в розвитку правового регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників. Одна із цих тенденцій полягає в лібералізації правового регулювання трудових відносин з участю цієї категорії працівників. Лібералізація — це або повернення до цивільно-правових засобів регулювання трудових відносин, до того регулювання трудових відносин, яке існувало в період, коли трудове право ще не виникло, або відмова від існуючих трудо-правових засобів захисту інтересів працівників.

Цікаво, що в Польщі проблема лібералізації трудового права знаходиться в полі зору науки, а в 2003 р. була проведена представницька науково-практична конференція на тему «Межі лібералізації трудового права». Слово «лібералізація» в Україні в умовах відсутності цензури ніхто не заборонив, але ж воно з мовчазної згоди усіх науковців не вживається, хоч праця в широких масштабах використовується в цивільно-правових формах. Регулювання праці цієї категорії людей і без втручання науки гранично лібералізоване. Зате в решті трудове право утримує свої соціалістичні позиції.

Інша тенденція в розвитку правового регулювання трудових відносин керівників підприємств, установ, організацій як працівників — це посилення захисту їх прав та інтересів за допомогою правових норм, що є імперативними і не можуть змінюватися за згодою сторін трудового договору.

Специфічне місце керівників підприємств, установ, організацій в системі організації суспільної праці (вони самі є працівниками, але стосовно решти працівників підприємства, установ, організації виконують функції представника роботодавця) обумовлює ще одну тенденцію в розвитку правового регулювання трудових відносин цієї категорії працівників: з метою посилення захисту прав та інтересів працівників підприємств, установ, організацій законодавець встановлює все більш жорсткі вимоги до керівників цих підприємств, установ, організацій.

Зазначені тут тенденції чітко позначились у розвитку правового регулювання трудових відносин зазначеної категорії працівників за останні двадцять років. Проте не можна сказати, що ці тенденції забезпечили оптимізацію правового регулювання зазначених відносин.

Відмова від радянської моделі організації суспільства, зокрема організації праці, обумовила необхідність нового правового врегулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників. Законодавець оперативно відгукнувся на виклики часу. Уже 20 березня 1991 року вносяться зміни і доповнення до Кодексу законів про працю, передбачається можливість укладення трудових договорів у формі контрактів (частина третя ст. 21 КЗпП). А 27 березня того ж року приймається Закон України «Про підприємства в Українській РСР», ст. 16 якого передбачає можливість укладення трудових контрактів з керівниками підприємств.

Спроба через трудові контракти лібералізувати правове регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників дала половинчасті результати. У частині відповідальності ця спроба не була повністю успішною. Зате в частині дострокового розірвання трудових контрактів положення частини третьої ст. 21 КЗпП про те, що контрактом можуть встановлюватись «умови» його розірвання, було одностайно сприйняте як можливість встановлення контрактом підстав його дострокового припинення.

Половинчастий характер лібералізації трудових відносин працівників, про яких тут йдеться, через трудові контракти проявився в тому, що контрактами з дня їх запровадження ніколи не охоплювались керівники всіх установ і органі-

зацій. Виключення складали і складають керівники установ і організацій, що належать до комунальної власності та фінансуються з місцевих бюджетів.

Однак виявилось, що здійснена у законодавстві про працю лібералізація правового регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників є недостатньою. Поки науковці — фахівці у галузі трудового права вели дискусію щодо припустимості погіршення становища працівників порівняно із законодавством про працю при укладенні контрактів, фахівці-цивілісти через Цивільний кодекс здійснили експансію у сферу трудового права. Частиною 4 ст. 92 і ч. 2 ст. 99 ЦК були здійснені спроби врегулювати відносини з участю, зокрема, керівників підприємств, установ, організацій як працівників цивільно-правовими засобами. Це стало одночасно і реакцією законодавця на консерватизм науки трудового права і законодавчого регулювання трудових відносин.

Частина 4 ст. 92 ЦК сформульована невдало, але вона, безумовно, передбачає солідарну відповідальність, зокрема керівників підприємств, установ, організацій які завжди, серед іншого, здійснюють представництво, за завдані збитки. Ця відповідальність не визначається прямо, але ж солідарною може бути тільки відповідальність у вигляді відшкодування збитків (шкоди). Та обставина, що термін «солідарна відповідальність» у відношенні до однієї особи не може застосовуватись, не є підставою для висновку про те, що ч. 4 ст. 92 ЦК і взагалі не може застосовуватись, бо думка законодавця, висловлена у цьому законодавчому положенні, є досить зрозумілою: за завдані збитки особи, позначені в ч. 4 ст. 92 ЦК, несуть відповідальність у вигляді обов'язку їх відшкодувати; якщо ж цих осіб декілька, то вони відповідають за завдані збитки солідарно.

У ч. 4 ст. 92 ЦК вживається термін «збитки». Цілком зрозуміло, що його треба розуміти так, як його значення розкривається у ч. 2 ст. 22 ЦК, тобто на працівника покладається обов'язок відшкодувати не тільки реальні збитки, що за своїм змістом є близькими до трудо-правової конструкції прямої дійсної шкоди, а й упущену вигоду. Це — абсолютно не виправданий, жорсткий, суто цивілістичний підхід. Це — та міра лібералізації відносин між керівником підприємства, установи, організації, яка накладає на керівника ті ризики, які нормативно ніяк не можуть бути накладені на особу що не є підприємцем. Тому ч. 4 ст. 92 ЦК із цього Кодексу слід вилучити.

Інша спроба граничної лібералізації правового регулювання трудових відносин з участю деяких працівників, у тому числі керівників підприємств, установ, організацій, здійснена законодавцем при формулюванні ч. 3 ст. 99 ЦК. Встановлено, що «члени виконавчого органу можуть бути в будь-який час усунені від виконання своїх обов'язків, якщо в установчих документах не визначені підстави усунення членів виконавчого органу від виконання своїх обов'язків». Раз можуть бути усунені «члени» виконавчого органу, то тим більше може бути усунений керівник виконавчого органу, тобто особа, що в трудовому законодавстві позначається як керівник підприємства, установи, організації. Залишилось тільки з'ясувати зміст терміна «усунення». Відповідне тлумачен-

ня цьому терміну дав Конституційний Суд. В одному із своїх рішень Конституційний Суд України зазначив, що рішення про усунення членів виконавчого органу товариства «мають розглядатись не в межах трудових, а в межах корпоративних правовідносин, що виникають між товариством та особами, яким довірено повноваження з управління ним» [3]. Раз таке зазначено в рішенні Конституційного Суду, то так воно і є. Але ж розглядати усунення виключно в межах корпоративних відносин неможливо, бо усунення виключає виконання працівником його обов'язків у трудових правовідносинах, а це порушує законодавство про працю. Тому «усувати» можна тільки тих осіб, які виконують обов'язки членів виконавчих органів товариств у позатрудо-правових формах. Цього не допускає Закон України «Про акціонерні товариства». Але допускають Закон України «Про господарські товариства» та інші закони.

Видається, що на формулювання позиції законодавця, а пізніше — і правової позиції Конституційного Суду вплинула думка, яка висловлювалась у науці та відповідно до якої відносини щодо усунення членів виконавчого органу юридичної особи «не мають трудо-правового характеру, оскільки на підставі рішення про усунення трудові відносини не припиняються» [4, 67]. Але ж позбавлення працівника можливості виконувати свої трудові обов'язки не може не мати трудо-правового змісту. Інша справа, що усунення передбачене Цивільним кодексом. Але, як зазначається в літературі, одне законодавче положення може встановлювати норми двох і навіть трьох галузей права [5, 140]. Тому не виключається, що в Цивільному кодексі встановлюється норма трудового права.

Як бачимо, і ця спроба гранично лібералізувати правове регулювання трудових відносин певної категорії працівників шляхом застосування до них цивільно-правових засобів виявилась невдалою. Тому слід визнати, що лібералізація правового регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників є доцільною, але вона повинна здійснюватись у межах трудового права, а не шляхом заперечення трудо-правового характеру відносин, що виникають на підставі трудового договору.

Слід визнати, що тенденція до посилення захисту трудових прав та інтересів керівників підприємств, установ, організацій також чітко проявилась у розвитку трудового права України. Найбільшою подією тут стало надання керівникам права на судовий захист від незаконного переведення, звільнення з роботи та накладення дисциплінарного стягнення. Це було, взагалі, цілком обґрунтованим законодавчим рішенням. Але ідея, втілена у цьому рішенні, була доведена до абсурду. Основним способом захисту було визнано захист права на працю. Для керівників підприємств, установ, організацій не може існувати такого способу захисту права як поновлення на роботі. У разі незаконного звільнення їм має надаватись співрозмірна грошова компенсація.

Тенденція до посилення законодавчих вимог до керівників підприємств, установ, організацій з метою захисту прав та інтересів працівників також чітко проявилась у розвитку законодавства України про працю. Але і тут чітко помітна недостатня обґрунтованість відповідних норм трудового права, як встановлених ще в період соціалізму, так і нових. Коли йдеться про встановлені

в період соціалізму норми, то тут у першу чергу звертає на себе увагу ст. 45 КЗпП. Виникає питання про адекватність суспільним потребам цього законодавчого положення. У цьому є серйозні сумніви. Якщо керівник припускається порушень, то треба було б шукати такі засоби захисту прав працівників, професійних спілок, які поновлюють порушені права, відшкодовують завдану їм шкоду. Якщо такі порушення є систематичними чи масовими, такі міри повинні бути посилені. Що стосується новітніх проявів тенденції, про яку йдеться, то вони також більше створюють ситуації правової невизначеності, ніж є конструктивними засобами приведення трудових відносин у відповідність із законодавством про працю. За винні дії, що призвели до несвоєчасної виплати заробітної плати або до виплати її у розмірі, що є нижчим мінімальної заробітної плати, звичайно, треба відповідати, як це і передбачено п. 1 ч. 1 ст. 41 КЗпП. Але ж не можна не помітити і неспроможність держави за двадцять років її існування забезпечити своєчасну виплату працівникам заробітної плати за рахунок державного бюджету. Аморально карати особу, яка скоїла менше порушення, коли непокараними залишаються особи, що вчинили більші порушення. Те ж стосується і п. 9 ст. 134 КЗпП, що встановлює повну матеріальну відповідальність керівників підприємств, установ, організацій усіх форм власності, винних у несвоєчасній виплаті заробітної плати, що призвело до виплати працівникам компенсацій.

Отже, усі три названі тенденції є закономірними для розвитку правового регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників. Але їх зміст і взаємозв'язок потребує істотного уточнення, тому необхідне подальше дослідження усіх цих тенденцій.

### Література

1. Акопов Д. Р. Правовое регулирование труда руководителей организаций : дис. ... канд. юрид. наук / Д. Р. Акопов. М., 1999. 230 с.
2. Костюк В. М. Поняття та ознаки трудової правосуб'єктності роботодавця у контексті кодифікації трудового законодавства // Право України. — 2010. — № 8. — С. 95–100.
3. Рішення Конституційного Суду у справі про офіційне тлумачення частини третьої ст. 99 Цивільного кодексу України від 12.01.2010 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 3. — Ст. 113.
4. Майданік Р. А. Недоговірні цивільно-трудові конструкції // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 6. — С. 64–67.
5. Карабань В. Я. Правозастосовчі аспекти системи права // Учёные записки ТНУ им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». — 2006. — Т. 19, № 3. — С. 137–142.

### Анотація

**Могила Д. В.** Тенденції розвитку правового регулювання трудових відносин за участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників. Стаття.

У законодавстві України про працю простежуються тенденції до лібералізації правового регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників, до посилення захисту їх трудових прав і до посилення вимог до керівників та їх відповідальності. Ці три тенденції потребують оптимізації їх змісту.

**Ключові слова:** керівник; тенденції; лібералізація; захист трудових прав; відповідальність.

## Анотація

*Могіла Д. В.* Тенденції розвитку правового регулювання трудових відносин при участі керівників підприємств, установ, організацій як працівників. — Стаття.

В законодавстві України о трудові відносини відслідковуються тенденції до лібералізації правового регулювання трудових відносин з участю керівників підприємств, установ, організацій як працівників, до посилення захисту їх трудових прав і до посилення вимог до керівників і їх відповідальності. Ці три тенденції потребують оптимізації їх вмісту.

*Ключові слова:* керівник; тенденції; лібералізація; захист трудових прав; відповідальність.

## Summary

*Mogila D. V.* Trends of legal regulation of labor relations with the leaders of enterprises, institutions and organizations as employees. Article.

In the legislation of Ukraine about labour the tendencies to liberalization of the legal adjusting of labour relationships with participation of leaders of enterprises are traced, establishments, organizations as workers, to strengthening of defence of their labour rights and to strengthening of requirements to the leaders and their responsibility. These three tendencies need optimization of their maintenance.

*Keywords:* leader; tendencies; liberalization; defence of labour rights; responsibility.

УДК 349.22:341.462.1

*Ю. В. Макаренко*

КАТЕГОРІЇ ПРАЦІВНИКІВ У СИСТЕМІ  
ОРГАНІВ ДИПЛОМАТИЧНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Працівники є найбільш численною і розповсюдженою категорією суб'єктів трудового права. Вона об'єднує всіх фізичних осіб, які працюють на підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю.

Стаття 3 КЗпП України закріплює загальне положення про те, що законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичною особою [1]. Із цього випливає, що будь-який громадянин, маючи статус працівника, підпадає під дію норм трудового законодавства.

Погодимося із С. М. Прилипко й О. М. Ярошенко, що сучасне вітчизняне трудове право існує як результат синтезу приватноправового та публічно-правового регулювання особливості сфери суспільних відносин, які опосередковують людську працю. Це зумовлює (1) розширення договірної свободи сторін трудових відносин (істотне посилення індивідуально-договірної регулювання відносин) та (2) уніфікацію правового регулювання несамоїїсної праці без залежності від сфери її застосування. Ці дві тенденції мають конкретні прояви: по-перше, спостерігається стирання меж між різними галузями приватного права, взаємне проникнення загальних приватноправових методів у всі

галузі приватного права, включаючи також і сферу правового регулювання праці; по-друге — розширення сфери дії трудового права на основі розповсюдження загальних принципів правового регулювання праці на всі види несамостійної праці. Вказаний процес означає включення до числа суб'єктів трудового права осіб, які в радянському трудовому праві або взагалі не вважалися суб'єктами трудового права, або відносилися до них із великими пересторогами [2, 122]. Мова в тому числі йде і про працівників, які перебувають на дипломатичній службі.

Ще далі пішли розробники проекту Трудового кодексу України (реєстр. № 1108, текст законопроекту до 2-го читання від 10 грудня 2009 р.) [3], за ч. 2 ст. 7 якого трудовим законодавством регулюються трудові відносини громадян України, які працюють за її межами, у разі, якщо, зокрема, громадяни є працівниками дипломатичної служби України. Остання є професійною діяльністю громадян України, спрямованою на практичну реалізацію зовнішньої політики України, захист національних інтересів України у сфері міжнародних відносин, а також прав та інтересів громадян і юридичних осіб України за кордоном.

Віденська конвенція про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 р. (ст. 1) поділяє співробітників дипломатичних представництв залежно від функцій, які вони виконують, на три категорії: а) дипломатичний персонал; б) адміністративно-технічний персонал; в) обслуговуючий персонал [4]. Цей поділ має важливе практичне значення як для дипломатичного протоколу, так і для обсягу привілеїв та імунітетів. Слід, однак, пам'ятати, що після ратифікації Конвенції державами-учасницями статус, приміром, дипломата істотно змінився, він вже не виконує суто представницьких функцій, а є насамперед радником, місце якого — поруч з політичним керівництвом держави.

До дипломатичного персоналу належать особи, які мають дипломатичний ранг. Віденська конвенція називає їх дипломатичними агентами. Вони виконують функції політичного і дипломатичного характеру, тобто здійснюють безпосередні зносини з органами іноземної держави й особами, які є в складі дипломатичного корпусу.

За ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» [3] дипломатичними працівниками можуть бути громадяни України, які мають відповідну фахову вищу освіту, необхідні професійні та ділові якості, володіють державною та іноземними мовами і за станом здоров'я можуть бути направлені у довготермінове відрядження. При цьому не можуть бути прийняті на дипломатичну службу особи, щодо яких встановлені обмеження у Законі України «Про державну службу» (йдеться про осіб, які визнані у встановленому порядку недієздатними, мають судимість, що є несумісною із зайняттям посади, у разі прийняття на службу будуть безпосередньо підпорядковані або підлеглі особам, які є їх близькими родичами чи свояками).

Дипломатичні працівники проходять дипломатичну службу на:

- а) дипломатичних посадах системи органів дипломатичної служби;
- б) відповідних посадах структурних підрозділів Адміністрації Президента

України, що забезпечують здійснення Президентом України повноважень у зовнішньополітичній сфері;

в) відповідних посадах структурних підрозділів Апарату Верховної Ради України і Секретаріату Кабінету Міністрів України, що забезпечують представництво Голови Верховної Ради України і Прем'єр-міністра України у зносинах з органами влади інших держав та здійснення заходів з міжнародного співробітництва Верховної Ради України і Кабінету Міністрів України.

На дипломатичну службу приймають на конкурсній основі, крім випадків, коли призначення здійснює Президент України. Порядок проведення конкурсу для прийняття на дипломатичну службу визначає Кабінет Міністрів України.

Громадяни, які вперше приймаються на дипломатичну службу і раніше не перебували на державній службі, складають присягу державних службовців.

Згідно зі ст. 16 Закону України «Про дипломатичну службу», дипломатичним працівникам присвоюються такі дипломатичні ранги:

1) Надзвичайний і Повноважний Посол України, Постійний представник України при міжнародній організації, Представник України при міжнародній організації;

2) Генеральний консул України, Радник-посланник;

3) заступник Постійного представника України при міжнародній організації, заступник Представника України при міжнародній організації, Генеральний консул України — завідувач консульського відділу;

4) радник;

5) консул;

6) перший секретар;

7) віце-консул;

8) другий секретар;

9) третій секретар;

10) аташе.

Дипломатичний працівник, якому присвоєно дипломатичний ранг, перебуває у ньому довічно і може бути позбавлений дипломатичного рангу лише за вироком суду. Надзвичайний і Повноважний Посол України, Постійний представник України при міжнародній організації, Представник України при міжнародній організації призначаються на посади та звільняються з посад Президентом України за поданням міністра закордонних справ України. Укази Президента України з цих питань скріплюються підписами Прем'єр-міністра України та міністра закордонних справ України. Призначення на інші дипломатичні посади та звільнення з цих посад здійснюються відповідно до законодавства.

Закон диференційовано підходить до питання про термін перебування дипломатичних працівників у дипломатичних рангах. Встановлюються, зокрема, такі строки перебування дипломатичних працівників у дипломатичних рангах: аташе, третього секретаря, другого секретаря другого класу, другого секретаря першого класу, першого секретаря другого класу — два роки; першого секретаря першого класу, радника другого класу — три роки. Строки перебування в дипломатичних рангах радника першого класу, Надзвичайного і По-

вноважного Посланника другого класу, Надзвичайного і Повноважного Посланника першого класу не встановлюються. Притримуємось позиції, що основним недоліком тривалого перебування дипломата за кордоном є те, що він переходить у стан емоційного входження у проблеми держави, в якій живе і працює, і відповідно може бути не здатен неупереджено діяти та консультувати свою державу. Крім цього, він буде схильний до втрати емоційного зв'язку та відриву від подій у своїй країні.

Адміністративно-технічний працівник є державним службовцем, який здійснює адміністративно-технічне обслуговування системи органів дипломатичної служби. Згідно зі ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» цими працівниками дипломатичної служби можуть бути громадяни України, які мають відповідну фахову освіту, необхідні професійні та ділові якості, володіють державною та, як правило, іноземними мовами і за станом здоров'я можуть бути направлені у довготермінове відрядження. Адміністративно-технічним працівникам дипломатичні ранги не присвоюються. Їм присвоюються ранги державних службовців у порядку, встановленому Законом України «Про державну службу».

Дипломатичні працівники та адміністративно-технічні працівники системи органів дипломатичної служби належать до працівників дипломатичної служби.

Дипломатична служба має обслуговуючий персонал, який формується на контрактній основі з громадян України, а в разі необхідності — з іноземців. До цієї категорії персоналу належать співробітники дипломатичної установи, які виконують обов'язки з її обслуговування: водії, кур'єри, кухарі, садівники, двірники, охоронці, ліфтери. Обслуговуючий персонал користується імунітетом лише стосовно дій, пов'язаних з виконанням його обов'язків. Права та обов'язки членів обслуговуючого персоналу визначаються Міністерством закордонних справ України відповідно до законодавства України з урахуванням специфіки функцій відповідних категорій такого персоналу. Положення про обслуговуючий персонал та перелік посад, на які здійснюється добір працівників обслуговуючого персоналу в системі органів дипломатичної служби, затверджуються міністром закордонних справ України.

У зв'язку з існуючою різноманітністю практик окремих держав Віденська конвенція не уточнює основ взаємовідносин між дипломатичним і адміністративно-технічним та обслуговуючим персоналом представництва, залишаючи це питання у компетенції скеровуючої держави. Водночас на останню покладається обов'язок щодо повідомлення акредитованій державі про відповідного персоналу місце в структурі дипломатичного представництва.

За Віденською конвенцією, під час призначення членів дипломатичного (крім глави представництва), адміністративно-технічного й обслуговуючого персоналу не потрібно попереднього узгодження з державою перебування, таке призначення одразу ж набуває чинності. Виняток передбачено лише для військово-морських або військово-повітряних аташе, стосовно яких держава перебування може запропонувати, щоб їх імена заздалегідь повідомлялись на її схвалення.

В цілому ж поділ персоналу дипломатичного представництва на три категорії, передбачений Віденською конвенцією, має умовний характер, оскільки її норми не передбачають відповідних критеріїв розмежування між ними. У результаті такого становища позиції акредитуючих держав бувають неоднозначними, а інколи й суперечливими. Крім цього, розмежування категорій персоналу ускладнюється ще й інтересами щодо режиму безпеки у дипломатичному представництві. Часто офіцер безпеки має статус дипломата і належить до адміністративно-технічного, а інколи до обслуговуючого персоналу як співробітник охорони. Акредитуючі держави можуть бути незацікавлені у публічному визначенні функціональних обов'язків деяких працівників і не вказують, на які посади вони призначаються.

Таким чином, трудові відносини громадян, які працюють в системі органів дипломатичної служби України, регулюються трудовим законодавством України. Цю категорію працівників можна поділити на: дипломатичний персонал; адміністративно-технічний персонал; обслуговуючий персонал. Перші дві групи є працівниками дипломатичної служби.

### Література

1. Кодекс законів про працю України : затв. Законом УРСР від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. № 50 (Додаток). Ст. 375.
2. Прилипко С. М. Трудове право України : підручник / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. — 4-ге вид., переробл. і допов. — Х. : ФІНН, 2011. — 800 с.
3. Проект Трудового кодексу України (реєстр. №1108, текст законопроекту до 2-го чит. від 10.12.2009 р.) [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
4. Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18.04.1961 г., № 1138 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
5. Про дипломатичну службу : Закон України від 20 верес. 2001 р. № 2728-III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 5. — Ст. 29.

### Анотація

**Макаренко Ю. В.** Категорії працівників у системі органів дипломатичної служби України. Стаття.

Трудові відносини громадян, які працюють в системі органів дипломатичної служби України, регулюються трудовим законодавством України. Цю категорію працівників можна поділити на: дипломатичний персонал; адміністративно-технічний персонал; обслуговуючий персонал. Перші дві групи належать до працівників дипломатичної служби.

**Ключові слова:** дипломатична служба, дипломатичний персонал, адміністративно-технічний персонал, обслуговуючий персонал, трудові відносини.

### Аннотация

**Макаренко Ю. В.** Категории работников в системе органов дипломатической службы Украины. — Статья.

Трудовые отношения граждан, которые работают в системе органов дипломатической службы Украины, регулируются трудовым законодательством Украины. Эту категорию работников можно разделить на: дипломатический персонал; административно-технический персонал; обслуживающий персонал. Первые две группы относятся к работникам дипломатической службы.

**Ключевые слова:** дипломатическая служба, дипломатический персонал, административно-технический персонал, обслуживающий персонал, трудовые отношения.

### Summary

*Makarenko U. V. Categories of employees in the diplomatic service of Ukraine. — Article.*

Labor relations of citizens who work in the diplomatic service of Ukraine are regulated by the labor legislation of Ukraine. This category of workers can be classified into: diplomatic staff, administrative and technical staff, maintenance staff. The first two groups belong to the employees of the diplomatic service.

*Keywords:* foreign service, diplomatic personnel, administrative and technical staff, maintenance personnel, labor relations.

УДК 349.22:331.108.644.7

*В. С. Ковригін*

### ДО ПИТАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКА У ЗВ'ЯЗКУ З РОЗКРАДАННЯМ МАЙНА ВЛАСНИКА

Законодавство про працю спрямоване на забезпечення громадянам правових гарантій при реалізації права на працю, на їх захист від незаконного звільнення, а також для спонукання до якісної й продуктивної праці. Чітке формулювання підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця посилює охорону трудових прав працівників. Державні гарантії захисту прав громадян від незаконного звільнення закріплені у ст. 43 Конституції України [1].

Питання розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця завжди знаходилося у центрі уваги вчених-правознавців. Різні аспекти правового регулювання підстав звільнення працівників досліджували такі вчені, як М. Й. Бару, І. В. Зуб, І. А. Іоннікова, Д. О. Карпенко, І. Я. Кисельов, Л. І. Лазор, Р. З. Лівшиць, А. Р. Мацюк, П. Д. Пилипенко, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, В. Г. Ротань, З. К. Симорот, О. В. Смирнов, О. М. Ярошенко та ін.

Загальні підстави розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця передбачені в ст. 40 КЗпП України [2]. Вони поширюються на всіх працівників підприємства, установи, організації, незалежно від його форм власності та організаційно-правової форми створення. Перелік підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця носить вичерпний характер. Роботодавець не вправі розірвати трудовий договір із підстави, не передбаченої чинним законодавством [3, 360]. Згідно зі ст. 4 Конвенції МОП № 158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця» 1982 р. трудові відносини з працівниками з ініціативи роботодавця не припиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби [4].

Однією з підстав розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, яку ми розглянемо в даній статті, згідно з п. 8 ст. 40 КЗпП України є вчинення за місцем роботи розкрадання (в тому числі

дрібного) майна власника, встановленого вироком суду, що набрав законної сили, чи постановою органу, до компетенції якого входить накладення адміністративного стягнення або застосування заходів громадського впливу.

Термін «розкрадання» в чинному законодавстві є родовим, тобто таким, котрий об'єднує загальними ознаками ряд складів правопорушень проти власності. Це означає, що всім формам розкрадання притаманні загальні об'єктивні й суб'єктивні ознаки, визначення яких допомагає зрозуміти сутність кожної форми, надає можливість визначити саме поняття «розкрадання» та дозволяє відмежувати будь-яку форму розкрадання майна від інших, схожих із розкраданням правопорушень. Законодавство України не формулює дефініцію терміна «розкрадання». Вона розробляється теорією й практикою на підставі вивчення характерних ознак складів усіх форм даного правопорушення.

У тлумачному словнику під розкраданням розуміється крадіжка, злочинне привласнення майна (переважно державного, громадського) [5, 862]. Юридична енциклопедія розкрадання трактує, як умисне, протиправне обернення винною особою державного або колективного майна на свою користь або на користь інших осіб [6, 351]. Даний термін переважно вживається у теорії кримінального права.

Що ж до поняття розкрадання згідно з п. 8 ст. 40 КЗпП України, то, на наш погляд, це навмисне протиправне безоплатне заволодіння з корисливою метою майном власника на свою користь або інших осіб, що спричинило шкоду власнику.

Звільнення за вказаною підставою має свої особливості. Сам факт розкрадання, очевидний для роботодавця, не може слугувати підставою для звільнення працівника. Факт розкрадання працівником майна власника й його вина в цьому повинна бути встановлена відповідними органами. Тобто даний факт повинен бути встановлений вироком суду, що набрав законної сили, або постановою органу, до компетенції якого відноситься застосування адміністративного стягнення чи заходів громадського впливу, якщо, відповідно до ст. 21 Кодексу про адміністративні правопорушення [7], матеріали про розкрадання передано на розгляд товариського суду, громадської організації або трудового колективу.

Судова практика показує, що розповсюдженою помилкою наймача є недотримання вимог законодавства при звільненні за даною підставою, коли трудовий договір розривається лише на підставі докладних записок безпосередніх керівників працівника про скоєне ним розкрадання, актів про затримання на прохідній з краденою продукцією або матеріалами. При виявленні неправомірної поведінки працівника роботодавець повинен звернутися в прокуратуру, в органи внутрішніх справ із заявою про притягнення до відповідальності працівника, що підозрюється в розкраданні. І тільки лише одержавши від компетентних органів відповідний документ — вирок суду, постанову про притягнення до адміністративної відповідальності, вирішити питання про звільнення. Відповідно, якщо з тих чи інших причин відміняються постанова або вирок, то й звільнення визнається незаконним.

Наведемо приклад із судової практики.

У жовтні 2006 р. Н. звернулася в суд із позовом до державного підприємства «Довжоцький спиртовий завод» про поновлення на роботі, мотивуючи тим, що наказом від 15 квітня 2005 р., № 94-к її звільнено з посади начальника зміни ДП «Довжоцький спиртовий завод» за п. 8 ст. 40 КЗпП України — вчинення розкрадання державного майна. Підставою для цього була постанова Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 13 квітня 2005 р. про визнання її винною в скоєнні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 51 КУпАП. Оскільки постановою Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 4 жовтня 2006 р. адміністративну справу відносно неї за вказаним фактом закрито за відсутністю події та складу адміністративного правопорушення, то звільнення з роботи вважає незаконним.

Рішенням Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 16 січня 2007 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Хмельницької області від 20 березня 2007 р., у позові відмовлено.

Касаційна скарга Н. підлягає задоволенню з таких підстав. Залишаючи рішення Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 16 січня 2007 р. без змін, апеляційний суд виходив із того, що Н., звернувшись із цим позовом у жовтні 2006 р., не навела поважних причин пропуску строку звернення до суду, оскільки наказ про звільнення позивачка отримала у квітні 2005 р., а від отримання трудової книжки відмовилася. Проте з такими висновками судів погодитися не можна. Відповідно до вимог ст. 213 ЦПК України рішення суду повинно бути законним і обґрунтованим. Законним є рішення, яким суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно із законом. Обґрунтованим є рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на основу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні. Відповідно до ст. 234 КЗпП України у разі пропуску з поважних причин строків, установлених ст. 233 цього Кодексу, районний суд може поновити ці строки. Як убачається із матеріалів справи, позивачка звільнена з роботи на підставі п. 8 ст. 40 КЗпП України. Однак постановою судді від 4 жовтня 2006 р. провадження у справі відносно Н. за ознаками ст. 51 КУпАП закрито на підставі п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП у зв'язку з відсутністю в її діях події та складу адміністративного правопорушення. Отже, відпали підстави, за яких було звільнено позивачку з роботи за ініціативою адміністрації. 4 жовтня 2006 р. Н. звернулася до суду з позовною заявою, вважаючи поважною причину пропуску строку для її звернення. У порушення вимог ст. 234 КЗпП України та ст. ст. 57–60, 179, 213 ЦПК України суд першої інстанції, на що не звернув уваги й апеляційний суд, не дав належної оцінки доводам позивачки, хоча поважність причин означає, що працівник не ставився зневажливо до питання про захист своїх прав, але його зверненню за захистом перешкоджали такі причини, а саме скасування постанови про адміністративні правопорушення, які зобов'язують з ураху-

ванням норм моралі виявити повагу до працівника та визнати причину пропуску строку для звернення до суду поважною [8].

Обов'язковою умовою законності указаних юридичних документів, тобто постанови або вироку, є встановлення вини особи, яка завдала шкоду, остільки в процесі звільнення роботодавець звільняється від обов'язку доведення вини працівника.

Необхідно відмітити, що в науці трудового права питанням вини приділяється мало уваги.

О. С. Йоффе вважав, що вина є не тільки психічним, а й певним суспільним явищем [9, 30]. Тобто вина містить у собі інтелектуальний і вольовий елементи. Перший характеризує відношення особи до свого діяння (дії або без дії) та його наслідкам з точки зору свідомості, а другий — відношення особи до своєї поведінки та наслідків цієї поведінки з точки зору волі.

На думку деяких учених, вина у трудовому праві має дві особливості:

- в одних випадках вона ближче до кримінальної вини, приміром, при скоєнні дисциплінарного проступку;
- в інших — до цивільної вини — при нанесенні майнової шкоди роботодавцю [10, 20].

У визнанні особи винною міститься й громадський осуд її поведінки. Підставою для такого судження слугує, по-перше, негативний характер наслідків, що викликаються даними діями, й по-друге, та обставина, що діючи, особа знала або повинна була знати про те, до яких наслідків може призвести її поведінка, яке значення цих наслідків та яку громадську оцінку заслуговує її поведінка [10, 17].

На думку А. М. Хвостова, вина — це певна форма психічного відношення особи до суспільно небезпечного діяння, що ним вчиняється, яке складає ядро суб'єктивної сторони проступку, але не вичерпує повністю її змісту; при цьому відмічається, що ні мотив, ні ціль не входять у зміст психічного відношення особи до діяння, яке вона вчиняє, та його наслідкам, оскільки вони лежать поза сферою інтелекту та волі як елементів вини й поряд з ними представляють самостійні форми психічної діяльності особи [10, 17].

Підводячи підсумок аналізу даного поняття, вважаємо, що вина — це передбачена законом негативна юридична оцінка дій особи, котра побудована на аналізі психічного відношення суб'єкта правопорушення до своєї поведінки й наслідків своїх дій, що є підставою притягнення особи до відповідальності.

Також необхідно звернути увагу на ту обставину, що умовою звільнення працівника згідно з п. 8 ст. 40 КЗпП України є розкрадання майна саме власника. Тобто звільнення можливо за розкрадання будь-якого майна, котре належить власнику. Його майном вважаються речі, що належать йому на праві власності, повного господарського ведення чи оперативного управління або знаходяться у нього згідно з укладеними цивільно-правовими договорами.

Якщо працівник за місцем роботи вчинив розкрадання майна, котре не належить власнику, хоч і знаходилося на території підприємства власника, а також майно, котре належало громадянам (приміром, крадіжка в гардеробній

підприємства особистих речей іншого працівника), то він не може бути звільнений за п. 8 ст. 40 КЗпП України.

При цьому варто зазначити, що відповідно до п. 26 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 р., № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів» [11], до зазначених досліджуваною підставою припинення трудових правовідносин випадків вчинення розкрадання майна відносяться розкрадання його як в організації, з якою працівник перебуває в трудових відносинах, так і в організації, в якій він виконує роботу в силу даних трудових відносин.

Для застосування до працівника звільнення за вказаною підставою не має значення розмір украденого. Тому звільнення може мати місце як за дрібне розкрадання, що тягне відповідальність в адміністративному порядку, так і за розкрадання, яке тягне кримінальне покарання.

Хоча цікавою з цього приводу є думка І. А. Іоннікової, яка зазначає, що поняття «розкрадання» охоплює як дрібне розкрадання майна, так і вчинене у великих та особливо великих розмірах, і тому, на її погляд, не має потреби в п. 8 ст. 40 КЗпП уточнювати розмір викраденого, оскільки сам факт крадіжки, встановлений у передбаченому законом порядку, незалежно від розміру є підставою для звільнення працівника з роботи з ініціативи роботодавця. Таким чином, вона вважає, що логічно буде виключити зі змісту даного пункту словосполучення «в тому числі дрібного» [12, 106].

За вчинення розкрадання чинне законодавство передбачає кримінальну або адміністративну відповідальність. Підставою для притягнення до адміністративної відповідальності є вчинення особою дрібного викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрати. Викрадення чужого майна вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Згідно зі ст. 221 КУпАП органами компетентними накладати адміністративне стягнення за дрібне викрадення чужого майна є районні, районні у місті, міські чи міськрайонні суди.

Про заходи громадського впливу, застосовані до осіб, які вчинили дрібне викрадення чужого майна, власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган, або громадська організація повинні не пізніше як у десятиденний строк з дня одержання матеріалів повідомити орган (посадову особу), який надіслав матеріали.

Трудовий договір може бути розірвано не пізніше одного місяця з дня набрання законної сили вироком суду, прийняття постанови про адміністративне стягнення або заходів громадського впливу, не враховуючи періоду тимчасової непрацездатності працівника, а також перебування його у відпустці.

На підставі викладеного вважаємо, що звільнення працівника у зв'язку з розкраданням майна власника є необхідним фактором забезпечення дисципліни праці, особливо в умовах ринкових відносин. При цьому необхідно в законодавстві про працю чітко визначити основні правові категорії: «розкрадання» та «вина».

### Література

1. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховн. Ради України 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Кодекс законів про працю України // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Дод. № 50. — Ст. 375.
3. Прилипка С. М. Трудове право України: підручник / С. М. Прилипка, О. М. Ярошенко 2-ге вид., переробл. і допов. Х.: ФІНН, 2009. 728 с.
4. Конвенція про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця № 158, ратифікована 4 лютого 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 23. — Ст. 166.
5. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 80 000 сл. и фраз. выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1997. 944 с.
6. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 5. П. С / відп. ред. Ю. С. Шемшученко. К.: Укр. енцикл., 1998. — 736 с.
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — Дод. до № 51. — Ст. 1122.
8. Про поновлення на роботі, стягнення заробітку за час вимушеного прогулу та відшкодування моральної шкоди: ухвала Верховного Суду України від 30 січ. 2008 р., № 6-13358св07 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
9. Иоффе О. С. Обязательства по возмещению вреда / О. С. Иоффе. — 2-е изд. — Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1952. — 125 с.
10. Хвостов А. М. Вина в советском трудовом праве / А. М. Хвостов. Минск: Беларусь, 1970. 120 с.
11. Про практику розгляду судами трудових спорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листоп. 1992 р. [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.
12. Іоннікова І. А. Правове регулювання розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / І. А. Іоннікова; ІДП НАН України. К., 2004. 212 с.

### Анотація

**Ковригин В. С.** До питання звільнення працівника у зв'язку з розкраданням майна власника. — Стаття.

У статті розглядається одна із підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця — звільнення працівника у зв'язку з розкраданням майна власника. Аналізуються погляди вчених щодо визначення понять «розкрадання» та «вина». Наводиться приклад із судової практики стосовно цього питання.

**Ключові слова:** працівник, роботодавець, звільнення, розкрадання, вина, майно власника.

### Аннотация

**Ковригин В. С.** К вопросу увольнения работника в связи с хищением имущества собственника. — Статья.

В статье рассматривается одно из оснований расторжения трудового договора по инициативе работодателя — увольнение работника в связи с хищением имущества собственника. Анализируются взгляды ученых относительно определения понятий «хищение» и «вина». Приводится пример из судебной практики относительно этого вопроса.

**Ключевые слова:** работник, работодатель, увольнение, хищение, вина, имущество собственника.

### Summary

**Kovrigin V. S.** To the question of discharging an employee in connection with the theft of property of owner. — Article.

In the article one of grounds of dissolution of labour contract is examined on initiative of employer is discharging an employee in connection with the theft of property of owner. The looks of scientific in relation to determination concepts «theft» and «wine» are analysed. An example is pointed from judicial practice in relation to this question.

**Keywords:** worker, employer, discharge, theft, guilt, property of owner.

### ЩОДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ КЕРІВНИКА ПІДПРИЄМСТВА, УСТАНОВИ, ОРГАНІЗАЦІЇ

У правовій науковій літературі досить багато уваги приділяється правам і обов'язкам роботодавця, його відповідальності перед працівником, питанням реалізації роботодавцем своєї трудової правосуб'єктності, яку він здійснює через свої органи, одним з яких є керівник підприємства, установи, організації.

На сьогоднішній день важлива роль належить керівнику підприємства, установи, організації (далі — керівнику). Виникає необхідність у керівнику нового типу, який має високий професіоналізм, наділений сучасними інформаційними технологіями, здатний прогнозувати й передбачати, володіти основами науки управління. Натомість, у теорії трудового права існує певний пробіл в дослідженні правового статусу керівника. Нормативні акти, регулюючі його повноваження, майже відсутні. Із-за недостатнього законодавчого регулювання даного питання на практиці виникають помилки, потребуючи судового розгляду.

У той же час з огляду на процес трансформації суспільно-економічних відносин в Україні проблема правового статусу керівника набуває свого нового осмислення, розвиток ринкових трудових відносин, їх демократизація виявили потребу по-новому поглянути на статус даного працівника.

Питання правового статусу керівників державних підприємств, організацій, установ розглядалися в роботах В. Б. Авер'янова, О. Ф. Андрійко, Н. Башмакової, І. Л. Бачило, Ю. П. Битяка, Л. Є. Кисіль, О. М. Костюкова, Є. Б. Кубка, Т. М. Мартинової, О. М. Охотнікової, В. І. Прокопенка, Г. І. Чанишевої, Г. В. Цєпова та інших вчених.

У сучасному тлумачному словнику керівник визначається, як той, хто керує чимось, чимось, очолює щось [1, 395]. Відповідно до Єдиної номенклатури посад службовців [2] керівниками державних підприємств, установ, організацій є посадові особи, які за всіма функціями, що на них покладаються, повинні приймати управлінські рішення та забезпечувати їх реалізацію, а також представляти організацію, якою він керує, у державних та інших органах. У ст. 273 ТК Російської Федерації [3] керівника організації визначено як фізичну особу, яка відповідно до закону чи установчих документів організації здійснює керівництво цією організацією, у тому числі виконує функції її одноособового виконавчого органу. На жаль, чинний Кодекс законів про працю України не містить даного визначення.

Вважаємо, що при визначенні поняття «керівник підприємства» слід виходити з норм ст. 65 Господарського кодексу України [4]. Згідно із п. 3 указаної статті керівником підприємства є особа, яка призначається (обирається) власником (власниками) підприємства або уповноваженим ним органом для керівництва господарською діяльністю підприємства. При цьому п. 5 визначає пра-

вовий статус керівника підприємства й установлює коло його повноважень: (а) керівник без доручення діє від імені підприємства; (б) представляє його інтереси в органах державної влади та місцевого самоврядування, інших організаціях, у відносинах з юридичними особами та громадянами; (в) формує адміністрацію підприємства й (г) вирішує питання діяльності підприємства в межах та порядку, визначених установчими документами.

Отже, підсумовуючи різні трактовки даного терміна, вважаємо, що керівник підприємства, установи, організації — це посадова особа, яка обирається, призначається або затверджується для організації й оперативного управління діяльністю підприємства та наділена роботодавцем повноваженнями одноособово безпосередньо або через інших підпорядкованих їй посадовців здійснювати управління й діяти без доручення від імені перелічених суб'єктів господарювання. Керівник підприємства, установи, організації може називатися по-різному: генеральний директор, директор, президент і т. д. Однак частіше всього використовується термін «директор». Необхідно відмітити, що при найменуванні посади керівника необхідно враховувати вимоги закону й установчих документів організації. Адже неточне або довільне найменування посади керівника організації в майбутньому створить складності під час визначення його статусу й повноважень, призведе до невизначеності у відносинах із контрагентами й державними органами.

Усі суб'єкти трудового права наділяються специфічною властивістю — правовим статусом. Правовий статус — це визнаний нормами права стан суб'єкта права, що відображає його становище у взаємовідносинах із іншими суб'єктами права [5, 91]. Категорія правового статусу керівника підприємства, установи, організації як учасника трудових відносин походить від більш загальної категорії — правовий статус особистості. Правовий статус особистості — родове поняття, а правовий статус керівника — видове. Поняття правового статусу особистості досліджується в межах філософії, соціології, теорії держави і права. У загальній теорії держави і права під правовим статусом суб'єктів права розуміють сукупність усіх прав, обов'язків і законних інтересів суб'єктів права. Крім того, наголошується, що слід розрізняти конституційний і спеціальний статус громадян. Конституційний статус в усіх громадян однаковий: основні права й свободи однаковою мірою належать усім громадянам. А спеціальний статус пов'язаний з різними природними й правовими чинниками, які обумовлюють певні особливості громадян. Так, спеціальний статус мають особи, які обіймають певну посаду або займаються певним видом діяльності. Наприклад, статус державного службовця, статус студента, статус особи, яка постраждала внаслідок аварії на Чорнобильському АЕС, і т. ін. [6, 342, 343].

Отже, загальний статус особи визначається Основним Законом держави та конституційними законами. Він є узагальненим і однаковим для всіх, незалежно від національності, релігійних переконань, соціального стану; характеризується стабільністю й визначеністю; передбачає рівність прав та обов'язків громадян, рівність усіх перед законом; є базовим для інших різновидів правового статусу; слугує основою для набуття конкретних суб'єктивних прав, по-

кладення обов'язків і реалізації відповідальності. Спеціальний же характеризує представника тієї або іншої соціальної групи, наділеного згідно із законами та іншими нормативними актами спеціальними, додатковими правами, обов'язками, обмеженнями, відповідальністю. Цей вид правового статусу зумовлений особливостями стану особи й потребами її функціональної спеціальної активності (зокрема, керівник підприємства, установи, організації). Спеціальний правовий статус доповнює або обмежує загальний. На відміну від загального, спеціальний має мінливий характер.

Спеціальний правовий статус мають керівники підприємства, установ, організацій. Для них визначені особливі умови вступу, проходження й припинення служби. Указаний керівник реалізує надані йому повноваження й функції як усередині підприємства, установи, організації, так і щодо зовнішніх суб'єктів права (громадян, інших організацій).

Одні вчені визнають, що основу правового становища (або статусу) суб'єкта права складають його основні права та обов'язки. Так, П. М. Рабінович вважає, що включення у правовий статус окрім прав та обов'язків інших юридичних компонентів може призвести тільки до «важковагової конструкції» [7, 65]. За вузьке тлумачення правового статусу виступав і В. М. Горшенев, на думку якого, вузьконормативне розуміння передумов чи вихідного елементу — це прояв правового статусу [8, 51].

Однак є вчені, які підтримують більш широке тлумачення правового статусу суб'єкта права. Поряд із системою основних прав та обов'язків як його самостійних елементів в нього включають правосуб'єктність [9, 50; 5, 91], юридичні гарантії [10, 33–35], законні інтереси [11, 29], юридичну відповідальність [12, 72] тощо.

При цьому у кожній галузі права до відповідних суб'єктів права визначається власний набір елементів правового статусу. Так, М. Г. Ісаков, досліджуючи правовий статус підприємства, визначає складові їх організаційно-правової форми та господарську компетенцію. До складових організаційно-правової форми він відносить: (1) визначеність організаційно-правової форми суб'єкта господарювання; (2) майнову відокремленість; (3) легітимацію існування як суб'єкта господарювання; (4) відповідальність за результати господарювання; (5) самостійність в господарському обороті, а під господарською компетенцією — сукупність господарських прав та обов'язків [13, 7, 8].

У свою чергу В. С. Щербина, аналізуючи зміст правового статусу суб'єктів господарювання, спочатку визначає (у вступі) вісім елементів правового статусу, а саме: (1) мету й завдання суб'єкта господарського права; (2) вид та організаційну (організаційно-правову) форму; (3) порядок утворення (набуття статусу) і державної реєстрації; (4) правовий режим майна; (5) основний вид діяльності (безпосереднє здійснення господарської діяльності чи організація і управління господарською діяльністю); (6) характер прав і обов'язків або повноважень; (7) юридичну відповідальність; (8) порядок припинення суб'єкта господарського права (чи його статусу) [14, 7, 8]. А вже у висновках додає дев'ятий елемент — господарську компетенцію [14, 243, 244].

На жаль, у чинному Кодексі законів про працю України відсутнє закріплення визначення поняття «керівник», а також немає чіткого визначення його прав і обов'язків, владних повноважень, обмежень, правового та економічного забезпечення, вимог до професійної компетентності, вікових, культурних та інших вимог. Вважаємо за необхідне розробити Положення про правовий статус керівника державного підприємства, установи, організації та передбачити у новому Трудовому кодексі України розділ, котрий присвятити даному питанню.

Ще в 1981 р. М. В. Гапоненко наголошував на необхідності розробки Положення про генерального директора (директора) виробничого об'єднання (комбінату), яке буде загальним нормативним актом, що визначатиме статус такої посади. Дане Положення, зазначає науковець, має встановлювати адміністративно-правовий статус генерального директора, його повноваження з управління майном, виробництвом, іншими сферами його діяльності, тобто бути дійсно комплексним актом і враховувати специфічні риси статусу такого керівника, як глава органу управління промислово-господарської організації і трудового колективу [15, 12]. Також цієї думки була й О. М. Охотнікова, наголошуючи на доцільності створення загального Положення про правовий статус керівника державного підприємства, установи, організації для використання в практичній діяльності [16, 5].

Правовий статус керівника підприємства, установи, організації можна охарактеризувати як складний. Порівняно зі статусами інших найманих працівників і статусом роботодавця він характеризується двоякістю: з одного боку, він має дотримуватись інтересів роботодавця, а з іншого — він діє в організаційно-управлінській сфері від імені власника майна, представляє останнього у правовідносинах, виникаючих із працівниками, організовує процес праці, вирішує кадрові питання, надаючи при цьому свою працю в розпорядження власника майна.

Тобто особливістю правового статусу керівника підприємства, що впливає на зміст трудових правовідносин між ним і підприємством, є те, що він одночасно виступає органом підприємства, наділеним управлінськими повноваженнями, і найманим працівником підприємства (посадовою особою), якого наймає власник підприємства (уповноважений ним орган) і укладає з ним трудовий договір (контракт). Відповідно відносини між керівником підприємства і підприємством як працедавцем керівника одночасно регулюються цивільним (корпоративним) і господарським правом, які визначають статус керівника як органу управління підприємством, а також трудовим правом, що визначає статус керівника як найманого працівника підприємства. Зазначені особливості «подвійного» правового статусу керівника підприємства мають обов'язково враховуватися під час його працевлаштування, оформлення трудових правовідносин з ним і його відкликання (звільнення), оскільки норми цих галузей права в багатьох аспектах не узгоджуються, а наявна судова практика не усуває колізій правового регулювання.

Підсумовуючи викладене, вважаємо, що статус керівника — це його положення в суспільстві, в певній системі соціальних зв'язків, взаємовідносин з

державними структурами, трудовим колективом, що ґрунтується на законодавчих нормах, підзаконних актах і нормах локального характеру. Юридичні норми закріплюють фактичне становище керівника, перетворюючи його на правове, з владними повноваженнями, що надаються державою. Правовий статус керівника складають його права й обов'язки, юридичні гарантії його прав як суб'єкта трудових правовідносин.

Даний статус займає особливе місце серед галузевих статусів, він закріплює основи правового становища керівника в суспільстві, що відображають важливі політико-правові зв'язки між державою і трудовим колективом. Від характеру даних зв'язків залежить коло взаємних прав і обов'язків держави й керівника підприємства, представником якого він є.

При цьому правове становище керівника організації завжди відрізняється від правового становища інших працівників. Пов'язано це з тим, як ми вже зазначали вище, що, з одного боку, керівник наділений владними повноваженнями по управлінню організацією і є представником юридичної особи, а з іншого — це найманий працівник, який знаходиться з роботодавцем в трудових відносинах.

Отже, специфіка трудової функції керівника дозволяє говорити про наявність особливого правового статусу, який включає:

а) спеціальний порядок укладення трудового договору. Так, укладенню трудового договору з керівником можуть передувати додаткові процедури, а саме: проведення конкурсу, обрання чи призначення на посаду тощо;

б) особливі вимоги до кандидатури керівника;

в) з керівником може укладатися строковий трудовий договір. Термін дії договору визначається установчими документами організації чи за згодою сторін;

г) підвищену відповідальність. Керівник організації несе повну матеріальну відповідальність за пряму дійсну шкоду, нанесену підприємству;

г) додаткові підстави припинення трудових відносин і т.д.

Підводячи підсумок, на наш погляд, необхідно передбачити у новому Трудовому кодексі України окремий розділ «Суб'єкти трудового права», де окремо присвятити статтю керівнику підприємства, установи, організації, в якій надати поняття «керівник підприємства, установи, організації», чітко визначити правовий статус такого суб'єкта, сферу і форми його діяльності. Вважаємо, що виявлення й виправлення подібних пробілів у трудовому законодавстві є дуже важливим завданням на сьогоднішній день.

### Література

1. Сучасний тлумачний словник української мови : 100 000 слів / за заг. ред. В. В. Дубічинського. — Х. : ВД «Школа», 2009. — 1008 с.
2. Єдина номенклатура посад службовців // Бюлетень Державного комітету Ради Міністрів СРСР з питань праці і зарплати. 1967. № 11.
3. Трудовой кодекс Российской Федерации. — М. : ООО «ВИТРОМ», 2002. — 192 с.
4. Господарський кодекс України : затв. Законом України від 16 січ. 2003 р., № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
5. Прилипко С. М. Трудове право України : підручник / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко 2-ге вид., переробл. і допов. — Х. : ФІНН, 2008. — 664 с.

6. Загальна теорія держави і права: [підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.] / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Х.: Право, 2009. 584 с.
7. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: посіб. для студ. спец. «Правознавство» / П. М. Рабінович. — 2-ге вид. — К., 1994. — 236 с.
8. Горшенев В. М. Структура правового статусу громадянина в світє Конституції СРСР 1977 р. // Правопорядок и правовой статус личности. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1980. — С. 51–58.
9. Матузов Н. И. Правовая система и личность / Н. И. Матузов. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — 293 с.
10. Строгович М. С. Вопросы теории прав личности // Философия и современность. — М., 1976. — С. 33–35.
11. Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе / Н. В. Витрук. — М.: Наука, 1979. — 229 с.
12. Строгович М. С. Сущность юридической ответственности // Советское государство и право. — 1979. — № 5. — С. 72–79.
13. Ісаков М. Г. Правовий статус підприємства як суб'єкта господарювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / М. Г. Ісаков. — Донецьк: Ін-т економіко-правових досліджень НАН України, 2006. — 17 с.
14. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: монографія / В. С. Щербина. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 264 с.
15. Гапоненко Н. В. Правовой статус генерального директора производственного объединения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Н. В. Гапоненко. — М., 1981. — 15 с.
16. Охотнікова О. М. Адміністративна відповідальність керівника державного підприємства, установи, організації в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. / О. М. Охотнікова; Нац. акад. держ. подат. служби України. — Ірпінь, 2004. — 20 с.

### Анотація

*Ісаєв Ю. В.* Щодо правового статусу керівника підприємства, установи, організації. — Стаття.

У статті розглядаються проблеми регулювання правового статусу керівника підприємства, установи, організації. Дається авторське визначення термінів «керівник підприємства, установи, організації» та «правовий статус керівника». Зроблені висновки та пропозиції по удосконаленню правового регулювання у даній сфері.

*Ключові слова:* керівник, правовий статус, директор, державне підприємство, установа, організація.

### Аннотация

*Исаев Ю. В.* Относительно правового статуса руководителя предприятия, учреждения, организации. — Статья.

В статье рассматриваются проблемы регулирования правового статуса руководителя предприятия, учреждения, организации. Дается авторское определение терминов «руководитель предприятия, учреждения, организации» и «правовой статус руководителя». Сделаны выводы и предложения по усовершенствованию правового регулирования в данной сфере.

*Ключевые слова:* руководитель, правовой статус, директор, государственное предприятие, учреждение, организация.

### Summary

*Isaev Y. V.* In relation to legal status of leader of enterprise, establishment, organization.

Article.

The problems of adjusting of legal status of leader of enterprise, establishment, organization are examined in the article. Author determination of terms is given «leader of enterprise, establishments, organizations» and «legal status of leader». Conclusions are done and suggestion on the improvement of the legal adjusting in this sphere.

*Keywords:* leader, legal status, director, state enterprise, establishment, organization.

### ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ ВИПУСКНИКІВ ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ

Право на працю є основним конституційним правом громадян України. Воно проголошене ст. 43 Конституції України, визнається за кожною людиною і становить собою можливість людини заробляти на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку погоджується [1]. Місце, яке посідають трудові відносини у житті кожної людини, обумовлює важливість науково обґрунтованого правового регулювання цих відносин, встановлення на законодавчому рівні таких умов праці та гарантій їх дотримання, які б сприяли збільшенню ефективності трудової діяльності.

Влаштування на роботу є одним із життєвих рішень, що доводиться приймати майже кожній людині хоча б один раз у житті. І від того, наскільки вибір робити є вдалим, залежить життя конкретної людини. У вирішенні цієї проблеми зацікавлена не тільки особа, а й все суспільство, оскільки чим повніше використовуються знання кожного працівника, тим вище ефективність праці. З іншого боку, чим швидше будуть зайняті всі робочі місця здібними працівниками, тим вище суспільна продуктивність праці.

Однією з найуразливіших і найменш захищених категорій населення залишається молодь. Слушною є думка О. М. Ярошенка, за якою ситуація, що протягом останніх років склалася із зайнятістю та працею молоді, без перебільшення є напруженою та має тенденцію до погіршення. Загострення соціально-економічних проблем, недосконалість правової і нормативної баз, відсутність дієвих механізмів державної підтримки молоді в період її соціального становлення і розвитку значно ускладнили процеси відновлення інтелектуального потенціалу, трудових ресурсів держави, негативно позначилися на матеріальному становищі молоді сім'ї, здоров'ї, фізичному і духовному розвитку молодих громадян, призвели до зростання безробіття серед молоді, загострення криміногенної ситуації в суспільстві. Боротьба за виживання вітчизняних підприємств призводить до погіршення умов праці, в тому числі молоді. Тим часом можливості молодих людей обмежені через їх низьку конкурентоздатність порівняно з іншими категоріями населення [2, 205].

Особливості працевлаштування випускників вищих навчальних закладів у першу чергу визначені постановою Кабінету Міністрів України «Про Порядок працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням» [3].

Низка положень щодо працевлаштування випускників знайшла також своє відображення у таких нормативно-правових актах, як Кодекс законів про працю України [4], Закон України «Про зайнятість населення» [5], Указ Президента України «Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів та працевлаштування випускників вищих навчальних закладів» [6] та ін.

Формування державного замовлення на підготовку фахівців з вищою освітою здійснюються згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про Порядок формування та розміщення державних замовлень на поставку продукції для державних потреб і контролю за їх виконанням» від 29 лютого 1996 р. [7]. Державне замовлення формується Міністерством економіки та з питань європейської інтеграції разом з міністерствами, іншими органами державної влади, установами, організаціями.

Міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, враховуючи інтереси замовника, доводять державне замовлення до підпорядкованих їм вищих навчальних закладів. Керівники вищих навчальних закладів після зарахування осіб на навчання за державним замовленням укладають з ними угоду. За рік до закінчення навчання міністерства, інші центральні органи виконавчої влади укладають контракти з виконавцями державного замовлення (замовниками) відповідно до кількості замовлених місць, подають міністерствам та відомствам, що мають у своєму підпорядкуванні вищі навчальні заклади, перелік місць працевлаштування та умов, які вони зобов'язуються створити випускнику (забезпеченість житлом, розмір заробітної плати, інші соціальні гарантії).

Згідно з угодою випускник зобов'язаний глибоко оволодіти всіма видами професійної діяльності, передбаченими відповідною кваліфікаційною характеристикою, та відпрацювати у замовника не менше трьох років, а вищий навчальний заклад забезпечити відповідні якість та рівень підготовки фахівця з вищою освітою.

Особи, зараховані до вищих навчальних закладів на цільові місця, після закінчення вищого навчального закладу направляються на роботу на підприємства, до організацій сільського, лісового, водного господарства, переробних галузей агропромислового комплексу, закладів соціальної сфери села і зобов'язані відпрацювати за призначенням не менше трьох років. Особи, зараховані до вищих навчальних закладів відповідно до Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» [8] та віднесені до 3-ї та 4-ї категорії, зобов'язані після закінчення вищого навчального закладу відпрацювати за призначенням не менше трьох років.

Розірвання випускником угоди допускається за наявності таких поважних причин: встановлення інвалідності I або II групи, внаслідок чого випускник не може виїхати на роботу за призначенням; встановлення інвалідності I або II групи у дружини (чоловіка) випускника, одного з батьків (або осіб, які їх замінюють) випускника; якщо випускник — вагітна жінка, мати або батько, які мають дитину у віці до трьох років, або дитину, яка згідно з медичним висновком потребує догляду (до досягнення нею шестирічного віку); одинока мати або батько, які мають дитину до чотирнадцяти років або дитину-інваліда; проходження чоловіком (дружиною) військової служби (крім строкової), у тому числі за контрактом, на посадах рядового, сержантського й старшинського складу, прапорщиків, мічманів та офіцерів у Збройних Силах, Державній прикордонній службі, Службі безпеки, а також інших військових формуваннях, створених відповідно до законодавства України, та служби в органах внутрішніх

справ поза місцем розташування замовника; вступу до вищих навчальних закладів III–IV рівнів акредитації для випускників вищих навчальних закладів I–II рівнів акредитації.

Розірвання угоди за ініціативою замовника допускається у разі: неможливості надання випускникові роботи за спеціальністю згідно з медичним висновком (якщо медичний огляд для прийняття на роботу відповідно до законодавства є обов'язковим) або висновком медико-соціальної (експертної) комісії; банкрутства замовника.

У разі неприбуття молодого фахівця за направленням або відмови без поважної причини приступити до роботи за призначенням, звільнення його з ініціативи роботодавця за порушення трудової дисципліни, звільнення за власним бажанням протягом 3 років випускник зобов'язаний відшкодувати у встановленому порядку до державного бюджету вартість навчання та компенсувати замовникові всі витрати.

Випускникові, якому відмовлено в прийнятті на роботу після прибуття до місця призначення, замовник компенсує витрати, пов'язані з переїздом випускника і членів його сім'ї як до місця призначення, так із поверненням до постійного місця проживання (якщо він був направлений до іншої місцевості) згідно з визначеними в угоді умовами. У разі відмови у прийнятті на роботу за призначенням і звернення молодих фахівців до центрів зайнятості замовники відшкодовують державній службі зайнятості всі витрати, пов'язані з працевлаштуванням, перепідготовкою, виплатою допомоги по безробіттю та матеріальної допомоги в розмірі стипендії під час проходження професійної підготовки та перепідготовки.

У разі неприбуття молодого фахівця з направленням або відмови без поважної причини приступити до роботи за призначенням; звільнення його з ініціативи роботодавця за порушення трудової дисципліни; звільнення з власного бажання протягом трьох років випускник зобов'язаний відшкодувати у встановленому порядку до державного бюджету вартість навчання і компенсувати замовнику всі витрати. Це положення знайшло підтримку у Верховного Суду України [9, 220]. Проте положення про обов'язок випускника відшкодувати до Державного бюджету вартість його навчання викликає заперечення. Ця норма встановлена підзаконними нормативно-правовими актами, в той час як ст. 53 Конституції України визначено, що держава забезпечує доступність і безоплатність професійно-технічного і вищого навчання в державних і комунальних навчальних закладах. У цьому випадку має місце публічно-правовий характер суспільних відносин, в яких держава виконує конституційний обов'язок щодо безкоштовного навчання. Стипендіальні виплати носять характер соціальної підтримки студентів з боку держави і є по суті соціальною допомогою, яка надається на прожиття студентам. А тому повинен застосовуватися принцип безповоротності таких виплат.

В умовах економічної кризи неприпустимо переводити всі відносини в царині освіти в русло цивільно-правових договорів. У цьому випадку суб'єкти є явно не рівними. Соціальна держава зобов'язана забезпечити певний мінімум

соціальних прав людини за рахунок державного бюджету чи інших коштів, який має бути безоплатним для громадянина. Не можна ставити питання про відшкодування ще й тому, що молодими спеціалістами, зазвичай, є молоді люди, які у переважній своїй більшості ще не працювали і грошових накопичень не мають [10].

Іншу правову природу мають відносини особи, яка проходила навчання за договором з юридичними і фізичними особами, за рахунок грошових коштів останніх. Ці відносини мають цивілістичну природу і в разі порушення випускником умов договору сума заподіяного збитку повинна бути відшкодована. Повинні бути також відшкодовані транспортні і компенсаційні витрати, затрати організації і фізичними особами на проїзд молодого фахівця до місця роботи, якщо випускник не прибув без поважних причин. Випускнику, якому відмовлено в прийомі на роботу після прибуття до місця призначення, замовник компенсує витрати, пов'язані з переїздом випускника і членів його сім'ї як до місця призначення, так і з поверненням до місця постійного проживання (якщо він був направлений в іншу місцевість) відповідно до певних умов угоди. На цю обставину вказав Верховний Суд України [9, 220].

Сьогодні в Україні молодь становить більше 10 мільйонів осіб. А це значна частина населення нашої держави. Як показує статистика, лише 40 % опитаних студентів вищих навчальних закладів вважають, що вони зможуть отримати роботу за спеціальністю, а третина випускників змінює свою професію і здобуває іншу спеціальність. В Законі України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні» закріплено, що держава забезпечує працездатній молоді надання першого робочого місця на строк не менший 2 років після закінчення або припинення навчання у загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах, але дія цієї норми поширюється тільки на осіб, підготовка яких здійснювалася за державним замовленням. Законодавством не передбачена реальна відповідальність замовника за можливу відсутність робочого місця на підприємстві, на яке направляється молодий спеціаліст. Доцільно також, окрім накладення штрафів за невиконання припису ст. 5 Закону України «Про зайнятість населення» (щодо додаткових гарантій щодо працевлаштування працездатних громадян, які потребують соціального захисту і не здатні на рівних конкурувати на ринку праці, у тому числі молоді), встановити економічні стимули для підприємств в разі працевлаштування молоді понад встановлену квоту.

Отже, право на працю є одним з основних прав людини. Для того ж, щоб говорити про майбутнє нашої держави, а молодь — це і є майбутнє, потрібно підтримати її сьогодні і допомогти у реалізації цього життєво важливого конституційного права людини.

### *Література*

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Ярошенко О. М. Проблеми та перспективи правового регулювання зайнятості та праці молоді

- // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. Х. : Право, 2004. № 4. С. 205–213.
3. Про затвердження Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням : постанова Кабінету Міністрів України від 22 серп. 1996 р. № 992 // Урядовий кур'єр. — 1996. — № 191–192.
  4. Кодекс законів про працю України : затв. Законом УРСР від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. № 50 (Додаток). Ст. 375.
  5. Про зайнятість населення : Закон України від 1 берез. 1991 р. № 803-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 14. — Ст. 170.
  6. Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів та працевлаштування випускників вищих навчальних закладів : Указ Президента України від 23 січ. 1996 р. № 77/96 // Урядовий кур'єр. 1996. № 15–16.
  7. Про Порядок формування та розміщення державних замовлень на поставку продукції для державних потреб і контролю за їх виконанням : постанова Кабінету Міністрів України від 29 лют. 1996 р., № 266 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
  8. Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали в результаті Чорнобильської катастрофи : Закон України від 28 лют. 1991 р. № 796-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. 1991. № 16. Ст. 200.
  9. Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 1998. — № 8. — С. 220.
  10. Коляда Т. А. Працевлаштування молоді: проблеми правового регулювання [Електронний ресурс] / Т. А. Коляда. — Режим доступу : <http://hghltd.yandex.net/yandbtlm?fmode>.

### Анотація

*Девізорів Д. С. Проблеми правового регулювання працевлаштування випускників вищих навчальних закладів. — Стаття.*

Працевлаштування є одним із найбільш важливих життєвих рішень. І від того, наскільки воно є вдалим, залежить подальше життя. У вирішенні цієї проблеми зацікавлена не тільки молода особа, а й все суспільство. Внесені пропозиції стосовно вдосконалення правового регулювання працевлаштування випускників вищих навчальних закладів.

*Ключові слова:* молоді, працевлаштування, вищі навчальні заклади, квота.

### Аннотация

*Девизоров Д. С. Проблемы правового регулирования трудоустройства выпускников высших учебных заведений. — Статья.*

Трудоустройство является одним из наиболее важных жизненных решений. И от того, насколько оно является удачным, зависит дальнейшая жизнь. В решении этой проблемы заинтересован не только молодой человек, но и все общество. Внесены предложения по совершенствованию правового регулирования трудоустройства выпускников высших учебных заведений.

*Ключевые слова:* молодежь, трудоустройство, высшие учебные заведения, квота.

### Summary

*Devizorov D. S. Problems of legal regulation of employment of university graduates. — Article.*

Employment is one of the most important life decisions. And how good it is depends on the further life. In solving this problem is interested not only young people but the whole society. Made suggestions for improving the legal regulation of employment of university graduates.

*Keywords:* youth, employment, higher education institutions, the quota.

### ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ПРЕМІЙ ЯК ВИДУ ЗАОХОЧЕННЯ З ПРЕМІЯМИ В СИСТЕМІ ОПЛАТИ ПРАЦІ

Нині в системі видів заохочень найбільшу частину складають матеріальні заохочення, розгляд яких неможливий без вирішення питання про співвідношення премій як виду заохочення з преміями в системі оплати праці.

Цим питанням протягом довгих років займалися такі науковці: С. С. Каринський [1], М. Г. Александров [2], О. Л. Максимов [3], С. О. Ленська [4], Р. З. Лівшиц [5], В. П. Слепцова [6], Р. А. Яковлев [7], В. І. Савич [8], П. С. Осипенко [9], Г. Л. Єгізарян, Л. С. Хейфец [10].

Метою цієї статті є встановлення чітких правових критеріїв розмежування премій в системі оплати праці і премій в системі заохочень. Це має велике практичне значення для правозастосовчої практики, локальної нормотворчості і індивідуального регулювання.

З законодавства і практики їх застосування сьогодні можна зробити висновок про те, що джерело преміювання, порядок обліку, виплат і звітності не можуть бути покладені в основу такого розмежування [2, 130]. Це, з одного боку, перешкоджає реалізації права працівника на отримання справедливої винагороди за працю, а з іншого боку, веде до виникнення врегульованих заохочувальних правовідносин в складі іншого, складнішого інституту оплати праці, що, власно кажучи, є правомірним, якщо взяти до уваги точку зору С. С. Каринського про те, що заробітна плата — це родове поняття, яке включає в себе ряд видових понять, у тому числі виплати за відрядними розцінками, тарифним ставкам, преміальні виплати і т. ін. [1, 15].

Виходячи з цього підходу до премій, науковець розглядає їх як складову частину заробітної плати, в той же час, вважаючи, що преміальна система, за своєю природою, ніколи не була і не може бути самостійною (основною) системою заробітної плати. Вона завжди застосовується понад або, вірніше, разом з основною відрядною або погодинною системою оплати праці [1, 21, 22].

Як форма матеріального стимулювання, преміювання має економічну природу і розглядається багатьма економістами як винагорода, що є оплатою ефективнішої праці працівників або колективу [11, 46–54].

Тлумачний словник С. І. Ожегова під премією розуміє офіційне грошове або інше матеріальне заохочення у винагороду за що-небудь [12].

Отже, не завжди премія може розглядатися складовою частиною заробітної плати, проте і протиставлення премій оплаті праці є неправомірним [4, 272–273]. Економічна суть премій дозволяє встановити, що кожен вид преміювання має свою основу.

Так, має місце точка зору економістів про розгляд премії в якості «формы распределения по труду посредством учёта переменных факторов его количества и качества» [5, 38], до яких відносяться і такі, як ефективність викорис-

тання засобів виробництва, сумлінність, творча ініціатива, які неможливо виміряти у витратах праці, але їх можна визначити в її результатах. Відношення до праці впливає на її якість опосередковано, тоді як інтенсивність, складність, значущість, відповідальність віднесені до постійних чинників [6, 73].

Заробітна плата працівника — винагорода за працю залежно від кваліфікації працівника, складності, кількості, якості і умов виконуваної роботи, а також компенсаційні виплати (ст. 94 КЗпПУ) [13] (доплати і надбавки компенсаційного характеру, у тому числі за роботу в умовах, що відхиляються від нормальних, за роботу в особливих кліматичних умовах і на територіях, що радіоактивно забруднені, та інші виплати компенсаційного характеру) і стимулюючі виплати (доплати та надбавки стимулюючого характеру, премії та інші заохочувальні виплати).

Оплата праці — система відносин, пов'язаних із забезпеченням встановлення і здійснення роботодавцем виплат працівникам за їх працю згідно із законами, іншими нормативно-правовими актами, колективними договорами, угодами, локальними нормативними актами і трудовими договорами.

Якщо звернутися до тлумачення заробітної плати за словником Д. М. Ушакова, то заробітна плата — винагорода за працю [14].

Оцінка змінних чинників праці в заробітній платі не відображена і врахована бути не може, оскільки, на думку економістів, вони не входять в обов'язки працівника. Інакше кажучи, вони набувають характеру доплат, надбавок, що становлять змінну частину заробітної плати, яку важко відрізнити від її тарифної частини. Такі премії запропоновано називати преміями-надбавками [10, 88–89]. А ось в оплаті праці її стимулювання закріпити можливо, як систему критеріїв преміювання (преміальних умов).

Проте законодавець вносить поправку у позицію економістів, встановлюючи сумлінність — обов'язком працівника, згідно зі ст. 139 КЗпПУ [13], тим самим зобов'язавши і роботодавця давати тому оцінку, окрім схвалення у вигляді заохочення по тих же підставах.

Очевидно, що законодавчий підхід до сумлінності містить певні протиріччя, що породжують протилежні позиції правознавців відносно підстав матеріального заохочення, чому, на додаток, сприяють і економічні категорії винагород, що використовуються для оплати більш ефективної праці (матеріальне стимулювання).

Відповідно, у рамках широкого поняття «преміювання» буде правильно розрізняти преміювання як один із способів виплати додаткової винагороди за працю і преміювання як спосіб матеріального заохочення працівників [2, 38], що здійснюється окрім виплати основної і додаткової винагороди за працю [1, 130].

У першому випадку ми маємо справу з преміюванням у формі преміальної системи (основної і додаткової) оплати праці [7, 21], що є засобом виробництва додаткових виплат працівникам понад їх основного (погодинного або відрядного) заробітку за ту ж саму роботу з метою заохочення досягнутих успіхів і стимулювання подальшого підвищення ефективності праці [2, 130].

Працівник при виконанні умов преміювання, у тому числі при відсутності порушень трудової дисципліни або виробничих упущень в обліковому періоді, має право вимагати з роботодавця сплатити йому належну суму премії, як і всіх обумовлених системою оплати праці надбавок і інших стимулюючих виплат, а роботодавець зобов'язаний задовольнити вимоги працівника.

Для премій в системі оплати праці характерне встановлення показників і умов, конкретних розмірів премій, кола осіб, що підлягають преміюванню. Вони мають гарантований характер, оскільки передбачені законом, пов'язані з певними результатами праці, кваліфікацією працівника. Право на виплату таких премій виникає за фактично відпрацьований час (місяць, квартал, рік) при погодинно-преміальній системі оплати праці і за фактично виконаний об'єм робіт — при відрядно-преміальній системі оплати праці. Відмову у виплаті премії, що належить працівникові за фактично відпрацьований час, слід розглядати як порушення гарантованого ст. 43 Конституції України [15] права кожного працівника на оплату праці.

Якщо розглядати преміювання в аспекті заохочення — це право, а не обов'язок роботодавця, і працівник, у свою чергу, по сенсу ст. 143 КЗпПУ, не має права вимагати заохочення до видання відповідного акта роботодавцем, так само як і роботодавець не має права вимагати від працівника поведінки, що не входить в коло його трудових обов'язків (трудових заслуг, активності, ініціативи і т. і.).

Преміям в системі заходів заохочення властивий разовий характер. Вони є формою визнання окремого працівника або усього колективу в цілому на основі загальної оцінки праці за трудові заслуги, а не за виконання заздалегідь встановлених виробничих показників (якісних або кількісних). Умовами преміювання, як правило, є особливі випадки сумлінного виконання трудових обов'язків і відсутність порушень трудової дисципліни. Коло заохочуваних працівників не визначається яким-небудь переліком професій і посад або найменуванням робіт.

Характеризуючи премії, Р. З. Лівшиц вказує на те, що вони виплачуються кращим працівникам, передовикам виробництва [5, 36]. Проте, в принципі, і ті і інші можуть бути віднесені до категорії разового преміювання, оскільки об'єктивно породжують однакові правові наслідки: не враховуються при підрахунку середнього заробітку, не підлягають захисту в органах по розгляду трудових спорів, заносяться в трудову книжку як форма заохочення.

Періодичність преміювання при типових преміальних умовах є негативним моментом матеріального заохочення. В цьому випадку заохочення набуває характеру так званих «заохочувальних виплат», які надаються працівникам, що не мають дисциплінарних стягнень за місяць (квартал, рік). Їх, як надбавки, розглядає і сам роботодавець. Існуюче на практиці депреміювання — позбавлення працівника відповідних виплат є не чим іншим, як додатковим покаранням за провину, що мала місце у минулому. При такій анархії заохочувальних відносин премії, як вид заохочення, втратили (чи близькі до цього) свою індивідуальну суть — міру схвалення, пов'язану з особою заохочуваного, і є, на цьому етапі, завуальованою формою оплати праці.

Виплачувані понад основний заробіток, на основі заздалегідь встановлених показників і умов, премії обумовлені системою оплати праці, входять в додаткову, змінну частину зарплати і є її рухомою частиною. Як правило, вони встановлюються у відсотковому відношенні до основного заробітку (окладу, тарифній ставці), або у вигляді стимулюючих виплат (доплат і надбавок стимулюючого характеру, премій і інших заохочувальних виплат). При цьому сумлінність, як обов'язок працівника, передбачається неодмінною і обов'язковою умовою, оцінка якої проводиться за формальних підстав — за фактом виконання встановлених норм праці і відсутності стягнень. Ця обставина призводить до ускладнення систем преміальних показників через неефективність колишніх.

Преміювання тільки за продуктивнішу працю (наприклад, за перевищення норм виробництва), є не стимулюванням, а є заміною заробітної плати, що неприпустимо і порушує інформаційні права працівників. Це дозволило довгий час преміям виконувати невласливу їм функцію, а саме роль регулювальника середнього рівня заробітної плати через недосконалість механізму регулювання росту, а також усувати недоліки тарифної системи, для пом'якшення яких вона і зараз нерідко використовується, наприклад, виплата щомісячних, щоквартальних або річних премій за перевиконання завдання, за найвищі показники в праці, але по заздалегідь встановленим показникам звітів. Оплата такої праці — це виплата не премії, а заробітної плати за суміщення, наднормову роботу і т. і.

Заохочувальний характер таких премій в системі оплати праці виявляється в тому, що на основі диференційованих якісних показників праці, відрядних розцінок, вимог, що пред'являються до працівників, виходячи з поставлених завдань, виражених в мінімальних значеннях загального трудового вкладу, шляхом визначення міри участі із застосуванням коефіцієнтів, виведенням рейтингу, а також за допомогою підрахунку балів, здійснюється об'єктивна оцінка індивідуального вкладу кожного в загальні результати. Досягнення встановлених показників стає юридичним фактом, що надає право на премію. Проте у працівника з низькою активністю залишається його заробітна плата, що робить працю не примусовою, а відплатною.

Премії (стимулюючі виплати) є формою об'єктивної оцінки економії минулої праці (що має вартісне вираження), вони стимулюють підвищення продуктивності і якості праці на майбутній час, тим самим формують і закріплюють сумлінне відношення до праці, як чинник підтримки дисципліни, але не більше того.

На думку В. І. Савича, заохочувальний характер премій в системі оплати праці повинен проявлятися як в їх обґрунтованості, так і в немайновій характеристиці праці. Іноді мають місце випадки встановлення необґрунтованих норм виробництва, розподіли премій не по заслугах, а за посадою, нарахування по результатах, досягнутих за рахунок перевитрат матеріальних засобів, або погіршення інших показників, що не враховуються при нарахуванні заробітної плати, які надають таким преміям негативний моральний відтінок і не-

законність. В. І. Савич вважав, що правильному поєднанню матеріальної і нематеріальної зацікавленості повинна приділятися серйозна увага [8, 9].

З цієї причини, визнаючи безумовний заохочувальний характер премій, стимулюючих розвиток основних напрямів діяльності організації, збільшення попиту на продукцію, підвищення її конкурентоспроможності та ін., через обумовленість останніх системою оплати праці, їх слід враховувати в середньому заробітку, оскільки показники, порядок їх розрахунку і виплати регламентовані локальними нормативно-правовими актами (так званими положеннями про преміювання, стимулювання і тому подібне).

Також, представляються надуманими і підстави для матеріального заохочення за економію матеріальних і паливно-енергетичних ресурсів [16], за зниження витрат енергії в мережах, що додатково виплачуються до окладу працівникам, від яких і залежить зниження витрат палива [17]; за розробку, постановку нових видів продукції на виробництво і їх реалізацію [18].

Подібні премії є додатковою формою матеріального стимулювання праці, оскільки їх підстави обумовлені цілями і завданнями організації, але носять корпоративний характер. Так, наприклад, працівникам ЗАТ «Філіп Моріс Україна» за розробку, постановку нових видів продукції на виробництво і їх реалізацію виплачується премія з фонду заохочення. Її заохочувальний характер обумовлений лише специфікою індивідуального розподілу. В той же час очевидно, що вищезгадані підстави є не чим іншим, як звичайними трудовими обов'язками працівників, і зараховувати їх до заслуг безпідставно, так само, як і немає підстав визнавати їх одноразовими заохоченнями лише через нерегулярну виплату. Проте ця виплата може існувати поза заохоченнями і взагалі за межами трудового права.

Розмір премій, що виплачуються працівникам ЗАТ «Надія» при наданні чергової відпустки, залежить від стажу роботи в організації [19]. Такі премії обумовлені настанням юридичних фактів. Більше того, сума премії встановлена чітко, тобто виходячи із заздалегідь визначеної «вартості» стажу. При цьому підході, очевидно, моральний аспект, критерії сумлінності праці і інші оцінки відношення до праці, як підстави до заохочення, відходять на другий план.

Основним завданням разового преміювання є доповнення преміювання за поточні результати роботи та оплати трудового внеску працівників. Преміювання дає можливість значно підвищити гнучкість і дієвість системи стимулювання праці. За допомогою премій і винагород роботодавці можуть заохочувати та розвивати в працівниках ті якості, які хоч і впливають на результативність виробництва, але не мають чітко виражених кількісних показників.

Премії завжди сприймаються не тільки як матеріальне, але і як моральне заохочення. З їх допомогою можна виправляти виникаючі іноді «перекоси» в оплаті праці, а також вирішувати епізодично виникаючі на виробництві завдання, пов'язані з участю працівників у виробничому процесі, враховувати в міру необхідності такі показники і характеристики трудового вкладу, які не враховуються регулярними заохочувальними системами (преміями за основні результати діяльності, доплатами і надбавками).

## Література

1. Каринский С. С. Правовые способы материального и морального стимулирования рабочих и служащих к дальнейшему повышению эффективности труда : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05 / С. С. Каринский. — М., 1965. — 15 с.
2. Хозяйственная реформа, труд и право / [отв. ред. Н. Г. Александров]. — М. : МГУ, 1969. — 181 с.
3. Максимов А. Л. Премирование рабочих в СССР в условиях хозяйственной реформы / А. Л. Максимов. — М. : Наука, 1971. — 183 с. (Першотвір).
4. Лепская С. А. Кругооборот и оборот общественных фондов СССР / С. А. Лепская. — М. : Мысль, 1967. — 298 с.
5. Лившиц Р. З. Право и материальное стимулирование труда / Р. З. Лившиц. — М. : Моск. рабочий, 1976. — С. 38.
6. Слепцова В. П. Премирование в системе социалистических распределительных отношений (попытки теории) / В. П. Слепцова. — Томск : Том. ун-т, 1980. — 125 с.
7. Яковлев Р. А. Система заработной платы как правовая категория // Трудовое право. — 2004. — № 10. — С. 21–24.
8. Савич В. И. Правовые средства обеспечения материальной и моральной заинтересованности работников в повышении качества продукции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. И. Савич. — М. : МГУ, 1969. — 18 с.
9. Осипенко П. С. Проблемы социалистического распределения / П. С. Осипенко. — М., 1972. — 102 с.
10. Егизарян Г. Л. Проблемы материального стимулирования в промышленности / Г. Л. Егизарян, Л. С. Хейфец. — М. : Экономика, 1970. — 166 с.
11. Гейдлер Г. Заработная плата при социализме и закон стоимости // Вопросы экономики. — 1973. — № 2. — С. 96–149.
12. Ожегов С. И. Толковый словарь [Электронный ресурс] / С. И. Ожегов. — Режим доступа : <http://slovarozhegova.ru>.
13. Кодекс законів про працю [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
14. Ушаков Д. Н. Толковый словарь [Электронный ресурс] / Д. Н. Ушаков. — Режим доступа : <http://www.mosslov.ru>.
15. Конституція України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
16. Положення «Про додаткове стимулювання діяльності, направленої на економію топливно-енергетичних ресурсів» від 1 серпня 2008 р. — Додаток № 4 До Колективного договору ЗАТ «Філіп Моріс Україна», (офіційно не опублікований, з архіву).
17. Положення «Про преміювання працівників ВАТ АК «Харківобленерго» за зниження комерційних втрат енергії», від 8 липня 2010. — Додаток № 6 до Колективного договору ВАТ АК «Харківобленерго» (офіційно не опублікований).
18. Положення «Про преміювання за постановку нових видів продукції на виробництво та їх реалізацію» від 1 серпня 2008 р. — Додаток № 3 До Колективного договору ЗАТ «Філіп Моріс Україна», (офіційно не опублікований, з архіву).
19. Колективний договір ЗАТ «Надія» по виробництву вікон від 12 липня 2010 р.

## Анотація

**Кохан М. С.** Про співвідношення премій як виду заохочення з преміями в системі оплати праці. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питання про співвідношення премій як виду заохочень з преміями в системі оплати праці, встановленню чітких правових критеріїв розмежування цих премій, що має велике практичне значення для правозастосовчої практики, локальної нормотворчості і індивідуального регулювання.

**Ключові слова:** премія, заробітна плата, оплата праці.

## Аннотация

**Кохан М. С.** О соотношении премий как вида поощрения с премиями в системе оплаты труда. — Статья.

В статье рассматривается вопрос о соотношении премий как вида поощрения с премиями в системе оплаты труда, установлении четких правовых критериев разграничения этих премий,

что имеет большое практическое значение для правоприменительной практики, локального нормотворчества и индивидуального регулирования.

*Ключевые слова:* премия, заработная плата, оплата труда.

### Summary

*Kohun M. S.* On the relation of premiums as a form of promotion with prizes in the wage system. — Article.

The article discusses the relationship between premiums as a form of promotion, with prizes in the wage system, establish clear legal standards division of the prizes, which is of great practical importance to law enforcement, local rule-making and individual control.

*Keywords:* premium, wages, salaries.

УДК 349.2

А. В. Биков

### ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИПРОБУВАННЯ ПРИ ПРИЙНЯТТІ НА РОБОТУ

Сьогодні проблема впровадження міжнародних стандартів набула для України практичного значення. Динамічний характер суспільного розвитку, що відображається у необхідності переосмислення ідей і положень, які донедавна вважались класичними, зумовлює кардинальні зміни у правовому регламентуванні відносин у сфері праці.

Удосконалення практики підбору і розстановки кадрів, стимулювання їх до праці, просування працівників, підвищення їх кваліфікації пов'язано з об'єктивною, побудованою на науковій основі, оцінкою працівників. Їй підлягають не тільки потенційні можливості працівника, його професійна компетентність, але і реалізація цих можливостей під час виконання працівником доручених трудових обов'язків, відповідність процесу виконання даної роботи конкретним умовам виробництва, технологічним стандартам, локальним актам, законодавству. Потреба встановлення кваліфікації виникає під час укладення трудового договору і після цього впродовж виконання працівником своїх професійних обов'язків. Оцінка у трудовому праві спрямована на перевірку трудової функції працівників, уточнення їх кваліфікації і рівня професійної підготовки [1, 354, 355].

Випробування є інститутом трудового права, що має характерні ознаки та юридичні властивості. Воно передбачено законодавчо, має договірну основу, обмежується встановленими строками, тривалість яких залежить від категорії працівників і волі роботодавця. Норми, які регламентують порядок укладення трудового договору з умовою про випробування, виступають однією з гарантій як для працівників, так і роботодавців з позицій організаційної діяльності по підбору та розстановці кадрів. Вони включають наступні моменти: а) встановлення чіткого правового порядку у сфері перевірки ділових якостей працівників, які влаштовуються на роботу по обраній спеціальності чи посаді з умо-

вою випробування, що у визначених межах обмежує суб'єктивний підхід у питаннях підбору та розстановки кадрів з боку адміністрації; б) необхідність визначення додаткових гарантій реалізації права на працю для тих категорій громадян, з якими не можливо укласти трудовий договір з умовою про випробування; в) необхідність надання роботодавцю права на спрощений порядок закінчення правовідносин при негативних результатах випробування при прийнятті на роботу [2, 31].

На сьогодні немає єдиної думки щодо правової природи трудового договору з умовою про випробування. Вітчизняне законодавство не передбачає методики чи механізму оцінки результатів випробування, що створює можливість суб'єктивізму з боку роботодавця.

За ст. 70 Трудового кодексу Російської Федерації [3] при укладенні трудового договору угодою сторін може бути обумовлене випробування працівника з метою перевірки його відповідності роботі, яка йому доручається. Ця умова повинна бути вказана в трудовому договорі. Відсутність умови про випробування означає, що працівник прийнятий без неї. В період випробування на працівника розповсюджується дія Кодексу, законів, інших нормативно-правових актів, локальних нормативних актів, які містять норми трудового права, колективного договору, угоди. Випробування при прийнятті на роботу не встановлюється для: осіб, які приймаються на роботу за результатами конкурсу на заміщення відповідної посади, проведеному в порядку, встановленому законом; вагітних жінок; осіб, які не досягли 18-річного віку; осіб, які закінчили освітні заклади початкової, середньої і вищої професійної освіти і які вперше приймаються на роботу за отриманою спеціальністю; осіб, обраних на виборну посаду на роботу, що оплачується; осіб, запрошених на роботу у зв'язку з переведенням від іншого роботодавця за домовленістю між роботодавцями; в інших випадках, передбачених кодексом, іншими федеральними законами і колективним договором. Строк випробування не може перевищувати 3 місяців, а для керівників організацій та їх заступників, головних бухгалтерів та їх заступників, керівників філіалів, представництв та інших відокремлених структурних підрозділів організацій — 6 місяців, якщо інше не встановлено федеральним законом. В строк не зараховується період тимчасової непрацездатності працівника та інші періоди, коли він фактично був відсутнім на роботі.

Досить специфічним є правове регулювання випробування при прийнятті на роботу у Литовській Республіці. Статтею 106 Трудового кодексу [4] там встановлено, що перший випробувальний строк не може бути більше ніж 3 місяці. У випадках, встановлених законом для того, щоб перевірити чи підходить працівник для виконання даної роботи, він може бути підданий випробуванню більш тривалого строку, але не більше ніж на 6 місяців. Випробувальний термін включає в себе період, коли працівник не працював. Якщо роботодавець визнав результати перевірки відповідності працівника незадовільними, то він може до кінця випробувального строку звільнити останнього шляхом письмового повідомлення за 3 дні і не виплачувати вихідну допомогу.

Стаття 28 Трудового кодексу Республіки Білорусь [5] закріплює, що з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається, трудовий договір за згодою сторін може бути укладений з умовою попереднього випробування, за виключенням випадків, передбачених цим же Кодексом. У період випробування на працівника поширюється дія ТК з особливостями, передбаченими як кодексом, так і іншими актами законодавства про працю. Строк попереднього випробування не повинен перевищувати 3 місяців, не рахуючи періоду тимчасової непрацездатності та іншого часу, коли працівник був відсутнім на роботі. Умова про попереднє випробування повинна бути передбачена в трудовому договорі. Відсутність такої умови означає, що працівник прийнятий на роботу без попереднього випробування. Випробування не встановлюється для: працівників, які не досягли 18 років; молодих робітників (службовців) по закінченні закладів, що забезпечують отримання професійно-технічної освіти; молодих спеціалістів по закінченні закладів, що забезпечують отримання середньої спеціальної та вищої освіти; інвалідів; тимчасових і сезонних працівників; при переведенні на роботу в іншу місцевість або до іншого наймача; при прийнятті на роботу на конкурсній основі, за результатами виборів; в інших випадках, передбачених законодавством. Кожна із сторін вправі розірвати трудовий договір з попереднім випробуванням: до закінчення його строку, попередивши про це іншу сторону письмово за три дні; в день закінчення строку попереднього випробування. При цьому наймач зобов'язаний вказати причини, які стали підставою для визнання працівника таким, що не витримав випробування.

За трудовим законодавством Республіки Молдова [6] з метою перевірки професійних здібностей працівника при укладенні індивідуального трудового договору може бути встановлений строк випробування до 3 місяців, а для посадових осіб, перелік яких затверджується роботодавцем після консультації з представниками працівників, — до 6 місяців. При прийнятті на роботу некваліфікованих робітників випробувальний строк встановлюється як виключення і не може перевищувати 15 календарних днів. У цей строк не зараховується період знаходження працівника у медичній відпустці та інші періоди, коли він був відсутнім на роботі у зв'язку з поважними причинами, підтвердженими документально. Умова про строк випробування повинна бути передбачена в індивідуальному трудовому договорі. При відсутності такої умови вважається, що працівник був прийнятий на роботу без випробування. Протягом строку випробування працівник користується всіма правами і виконує обов'язки, передбачені трудовим законодавством, правилами внутрішнього трудового розпорядку, колективним та індивідуальним трудовими договорами. Протягом дії індивідуального трудового договору може бути встановлено тільки один випробувальний строк. Забороняється встановлення випробування при укладенні трудового договору з: молодими спеціалістами; особами у віці до вісімнадцяти років; особами, які приймаються за результатами конкурсу; особами, які приймаються на роботу у зв'язку з переведенням з іншого підприємства; вагітними жінками; інвалідами; особами, обраними на виборну посаду; особами, які прий-

маються на роботу на основі індивідуального трудового договору строком до 3 місяців. Якщо протягом строку випробування індивідуальний трудовий договір не був припинений з підстав, передбачених ТК, дія договору продовжується і його подальше розірвання допускається лише на загальних підставах. При незадовільному результаті випробування цей факт закріплюється в наказі (розпорядженні, рішенні, постанові) про звільнення працівника, який видається роботодавцем до закінчення даного строку, без виплати вихідної допомоги.

Відповідно до ст. 91 Трудового Кодексу Вірменії [7] при укладенні трудового договору угодою сторін може бути встановлено випробування. Випробування може встановлюватись за бажанням роботодавця з метою перевірки відповідності працівника передбаченій роботі (посаді) або за бажанням особи, яка приймається на роботу для визначення своєї відповідності пропонованій їй роботі (посаді). Умови про випробування повинні встановлюватись трудовим договором. Протягом випробування працівник має права і виконує всі обов'язки, встановлені Кодексом, іншими законами і нормативно-правовими актами, колективним і трудовим договорами. Випробування не передбачається, якщо на роботу приймаються: особи, які не досягли 18 років; особи, які приймаються на роботу у порядку виборів, а також особи, які склали кваліфікаційні іспити для призначення на посаду; особи, які переводяться на іншу роботу за взаємною згодою роботодавців; в інших випадках, передбачених законодавством. Строк випробування не може перевищувати 3 місяців. У випадках, передбачених законодавством Республіки Вірменії, може бути встановлене випробування строком до 6 місяців. В строк, встановлений для випробування, не включаються наступні періоди відсутності працівника на роботі: період, передбачений колективним чи трудовим договорами; період знаходження у відпустці (включаючи і неоплачувану) за взаємною згодою сторін; період тимчасової непрацездатності працівника; період виконання обов'язків, покладених на працівника державними органами або органами місцевого самоврядування; період законного страйку, якщо працівник бере участь у страйку в установленому законом порядку. Якщо роботодавець вважає, що працівник за поточними результатами випробування не відповідає поставленим вимогам, то він може до закінчення випробувального строку звільнити працівника з роботи з повідомленням його про це у письмовій формі за 3 дні. Якщо випробування встановлене за бажанням особи, яка приймається на роботу для визначення своєї відповідності роботі, що пропонується, результати випробування оцінюються працівником. Протягом випробування останній має право на розірвання трудового договору з повідомленням про це роботодавця письмово за 3 дні. Якщо працівник продовжує працювати після проходження випробування, то він вважається таким, що витримав випробування і роботодавець може розірвати трудовий договір з ним лише на загальних підставах.

Трудовий кодекс Республіки Узбекистан [8] у ст. 84 визначає такі цілі укладення трудового договору з умовою про попереднє випробування при прийнятті на роботу: «1. Перевірка відповідності працівника роботі, що йому дору-

чається; 2. Прийняття працівником рішення про обґрунтованість продовження роботи, обумовленої трудовим договором». Проходження випробування повинно бути оговорено в трудовому договорі. Якщо ж цього немає, вважається, що працівник прийнятий на роботу без попереднього випробування. Випробування не встановлюється при прийнятті на роботу вагітних жінок, жінок, які мають дітей віком до 3 років, осіб, направлених на роботу за рахунок мінімальної кількості робочих місць, встановленої для підприємства, а також осіб, з якими трудовий договір укладається на строк до 6 місяців. Строк попереднього випробування не може перевищувати 3 місяців. До цього строку не зараховується період тимчасової непрацездатності та інші періоди, коли працівник був відсутній на роботі через поважні причини. В період випробування на працівників повністю поширюється законодавство про працю і умови праці, встановлені на підприємстві. До закінчення строку попереднього випробування кожна із сторін вправі розірвати трудовий договір, письмово попередивши про це іншу сторону за 3 дні. При цьому, розірвання роботодавцем трудового договору можливе лише при незадовільному результаті випробування. Скорочення строку попередження про розірвання трудового договору допускається лише за взаємною згодою його сторін. Протягом строку попередження працівник має право відкликати подану заяву про закінчення трудових правовідносин. Якщо до закінчення строку випробування жодна із сторін не заявила про розірвання трудового договору, то його дія продовжується і наступне розірвання допускається на загальних підставах.

Аналізуючи трудове законодавство Російської Федерації, Республік Білорусь, Литва, Молдова, Узбекистан та Вірменія можемо знайти низку спільних особливостей правового регулювання випробування при прийнятті на роботу у цих державах та в Україні. Це зумовлено тим, що всі вони виникли на теренах колишнього Радянського Союзу. Кожна з держав при розробці власного національного законодавства у сфері праці спиралася на радянський досвід. Випробування є підінститутом трудового права, що має характерні ознаки та юридичні властивості. Воно передбачено законодавчо, має договірну основу, обмежується певними строками, тривалість яких залежить від категорії працівників і волі роботодавця.

### Література

1. Кохан В. П. Правові форми перевірки кваліфікації працівників у трудовому праві // Теоретичні та практичні проблеми реалізації прав людини у сфері праці та соціального забезпечення : тези доп. та наук. повідомл. учасників II міжпар. наук.-практ. конф. (8–9 жовт. 2010 р.) — Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 2010. — С. 354–357.
2. Бущенко П. А. Испытание при приеме на работу в условиях научно-технической революции // Проблемы социалистической законности. Х. : Вища шк., 1980. Вип. 5. С. 30–37.
3. Трудовой кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.consultant.ru/popular/tkrf/14\\_15.html#p1247](http://www.consultant.ru/popular/tkrf/14_15.html#p1247).
4. Трудовой кодекс Литовской Республики [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www3.lrs.lt/pls/inter2/dokpaieska.showdoc\\_l?p\\_id=169334](http://www3.lrs.lt/pls/inter2/dokpaieska.showdoc_l?p_id=169334).
5. Комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь : с постановным приложением образцов документов / под общ. ред. В. Г. Голованова, В. И. Семенкова. Минск : Дикта, 2009. 1328 с.

6. Трудовой кодекс Республики Молдова [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.tk-md.ru>.
7. Трудовой кодекс Республики Армения [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2131&lang=rus>.
8. Трудовой кодекс Республики Узбекистан : Закон Республики Узбекистан от 21 дек. 1995 г., № 161-I // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. — 1997. — Прил. к № 1.

### Анотація

**Биков А. В.** Зарубіжний досвід правового регулювання випробування при прийнятті на роботу. — Стаття.

Впровадження зарубіжного досвіду у правове регулювання випробування при прийнятті на роботу як додаткової умови трудового договору є одним із найефективніших засобів його вдосконалення. Випробування, як правило, передбачено законодавчо, має договірну основу, обмежується певними строками, тривалість яких залежить від категорії працівників і волі роботодавця.

**Ключові слова:** випробування, працівник, трудовий договір, перевірка відповідності.

### Аннотация

**Биков А. В.** Зарубежный опыт правового регулирования испытания при приеме на работу. — Статья.

Внедрение зарубежного опыта в правовом регулировании испытания при приеме на работу как дополнительного условия трудового договора является одним из наиболее эффективных средств его совершенствования. Испытание, как правило, предусмотрено законодательно, имеет договорную основу, ограничивается определенными сроками, длительность которых зависит от категории работников и воли работодателя.

**Ключевые слова:** испытание, работник, трудовой договор, проверка соответствия.

### Summary

**Bikov A. V.** International experience of regulatory tests for employment. — Article.

The introduction of foreign experience in the legal regulation of testing for employment as an additional condition of the employment contract is one of the most effective ways to improve it. The test provided for by law, has a contractual basis, limited to certain dates, the duration of which depends on the category of employees and the employer will.

**Keywords:** test, the employee, the employment contract verification of compliance.

УДК 349.2:330.341.1:331.103.3

Є. С. Єгоров

## ДО ПИТАННЯ НОРМУВАННЯ ПРАЦІ У СФЕРІ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Відомо, що ефективна розробка і впровадження інновацій дозволяють підприємству успішно функціонувати у вже освоєних областях і відкривають можливості виходу на нові напрямки. На успіх реалізації інновацій на підприємствах впливають безліч чинників.

Найбільші труднощі щодо заповнення нестачі кваліфікованих кадрів пов'язані з різким скороченням числа фахівців з організації та нормування праці

© Є. С. Єгоров. 2012

в загальній чисельності працівників та згортання робіт з наукового обґрунтування норм і нормативів діяльності підприємств.

Проблеми нормування праці, її ефективності та впровадження розглядали багато авторів, серед них В. В. Вітвицький, Ю. Ф. Мельник, О. М. Уманський, А. А. Чухно, М. М. Караман та П. М. Майданевич та ін.

Однак залишаються невирішеними питання нормування праці за сучасних умов, коли держава взяла курс на інноваційний тип розвитку економіки, що потребує нових підходів у розв'язанні даних питань.

Відмова від державного втручання в управління процесами у сфері праці, який намітився в національній економіці в 1990-х рр., призвів до скорочення, а за деякими напрямками до припинення робіт з досліджень, розробки, обґрунтування та впровадження норм і нормативів праці.

Нормування стало справою самих підприємств, причому більшість з них скасували відділи організації праці та нормування.

Нормування праці — дуже суперечливий і складний процес, оскільки розумова праця працівника, що поєднує виконання операцій аналітичних, організаційних, адміністративних, технічних і творчих, піддається нормуванню лише частково.

Праця у сфері інновацій пов'язана з особливим предметом — інформацією. На жаль, недостатня і застаріла виробничо-технічна база окреслює ряд проблем в галузі нормування праці з обґрунтування норм часу на виконання певного виду робіт, пов'язаних з системою інформаційного забезпечення прийняття управлінських рішень.

Сьогодні мова повинна йти про якісну зміну організації нормування, що відповідає новим економічним умовам, орієнтованим на інноваційний тип розвитку держави.

Досвід країн з розвинутою ринковою економікою вже широко використовується в країнах пострадянського простору. Зокрема, у Республіці Білорусь для поліпшення стану справ в галузі нормування праці було прийнято ряд нормативних правових актів, спрямованих на активізацію роботи по удосконаленню нормування праці, заміні застарілих норм трудових затрат на прогресивні. Зроблені певні кроки по оновленню нормативної бази з праці, проводяться роботи з реформування цієї галузі економіки у відповідності до сучасних умов господарювання. Удосконалення нормування праці в республіці здійснюється за наступними основними напрямками: оновлення нормативної бази з праці; тарифне нормування; міжнародне співробітництво в галузі нормування [1].

Нормування праці безпосередньо пов'язане з проектуванням технології та трудового процесу і являє собою ключовий елемент менеджменту, системи трудових відносин, ланку технологічної підготовки, організації та оперативного управління виробництвом.

Важливим завданням нормування є підвищення не тільки технічної, а й економічної та фізіологічної обґрунтованості норм. Якщо технічне обґрунтування полягає у виявленні виробничих можливостей робочих місць, то еконо-

мічне — у виборі найдоцільнішого варіанта виконання роботи, а фізіологічне — у виборі раціональних форм поділу і кооперації праці, визначенні правильного чергування робочого навантаження і відпочинку [2].

Згідно зі ст. 85 Кодексу законів про працю України, до норми праці відносять норми виробітку, часу, обслуговування, чисельності — встановлюються для працівників відповідно до досягнутого рівня техніки, технології, організації виробництва і праці [3].

Україна, проголосивши курс на інноваційний розвиток економіки, має вирішити цілу низку проблем, які притаманні усім країнам з перехідною економікою та мають суто українські чинники.

Тому Україні необхідно осмислити досвід розвинених країн у створенні механізму сприяння інноваціям і запровадити найприйнятніші для України інструменти стимулювання розроблення та комерціалізації інновацій на макrorівні, регіональному рівні та на рівні підприємств [4].

Творча праця зі створення інноваційного продукту є обов'язковою складовою інноваційного процесу, і вона зумовлює необхідність відповідного нормування діяльності фахівців. І саме тому потребує вдосконалення регулювання нормування праці, для відповідного стимулювання інтелектуально насиченої, творчої праці.

За свідченням вітчизняних науковців, помилковою є точка зору, згідно з якою достатня конкурентна спроможність економіки держави і високі темпи її зростання можуть гарантуватися лише при збереженні дешевої робочої сили [5].

Навпаки, стимулювати технічний прогрес і внутрішній ринок може лише політика відповідного нормування праці і відповідної оплати.

При виконанні науково-дослідних робіт та дослідно-конструкторських робіт (НДДКР), що відрізняються високим ступенем новизни, визначення трудомісткості роботи в цілому та її окремих етапів представляє значну складність, оскільки відсутні необхідні для цього дані.

В процесі нормування праці установам та підприємствам, які займаються інноваційною діяльністю, необхідно враховувати усі роботи, що входять в НДДКР. Величина витрат робочого часу у фахівця залежить від складності та новизни вирішуваних завдань, основою розробки нормативів є статистична база, що містить первинну інформацію і ряд розрахункових даних, склад і обсяг яких забезпечують можливість встановлення чисельних величин збільшених і диференційованих норм трудомісткості. Особливості праці у сфері науки допускають застосування в процесі його нормування трьох основних методів: експертного, сумарного (дослідно статистичного) і розрахунково-аналітичного [6].

Диференційовані нормативи — це регламентовані витрати праці на виконання окремих робіт і завдань з урахуванням кваліфікаційного рівня виконавців. Вони використовуються при календарному плануванні, розподілі індивідуальних завдань, оперативному контролі за діяльністю виконавців і стимулюванні праці.

Укрупнені нормативи — витрати праці на виконання НДР та ДКР в цілому або їх етапів. Вони використовуються в якості основи для визначення цін на

науково-технічну продукцію і можуть знайти застосування при плануванні і контролі діяльності підрозділів інноваційного підприємства.

Диференційоване нормування застосовується для організації роботи науковців і фахівців з індивідуальним нормованим завданням. Нормоване завдання — встановлені на основі диференційованих нормативів часу обсяги робіт, які повинен виконати працівник за певний час за календарний відрізок часу з дотриманням встановлених вимог до якості результатів праці.

Успіх вирішення завдань нормування праці в умовах інноваційного підприємства, багато в чому визначається системою організації проведення робіт у цій галузі. В зв'язку з цим положенням доцільна організація нормативних груп у складі відділів (лабораторій) техніко-економічних досліджень. Основна завдання цих груп — створення нормативів з праці. На даний підрозділ повинні бути покладені такі функції: створення, вдосконалення та впровадження трудових (вартісних) диференційованих нормативів витрат на всі види робіт, що проводяться на інноваційному підприємстві; створення та впровадження укрупнених нормативів витрат на НДДКР для внутрішньоконструкторського планування, аналіз нормативних витрат з метою скорочення вартості і тривалості НДДКР та здійснення контролю за розрахунками планових калькуляцій на теми, визначення диференційованої вироблення на одного працівника по підрозділах інноваційного підприємства; розробка методичних матеріалів для визначення оцінки діяльності підрозділів та ефективності роботи співробітників, а також залежності матеріального стимулювання працівників від їх особистого вкладу.

Багато років у вітчизняній практиці нормування праці головним принципом було встановлення витрат часу на виконання певного обсягу роботи (функції). Рівень інтенсивності праці при цьому формувався автоматично, як результат взаємодії існуючих технічних, організаційних, економічних, соціальних і психофізіологічних факторів виробництва. Організатор трудового процесу не керував інтенсивністю праці, наслідком чого були коливання рівнів напруженості норм, поява «вигідних» і «невигідних» робіт, серйозні недоліки в оплаті праці тощо.

Для встановлення економічно та соціально обґрунтованих норм трудових витрат важливо оцінити рівень інтенсивності праці. Наукою і практикою вироблені основні показники такої оцінки: тимчасові характеристики використання робочого часу, що визначаються ступенем зайнятості працівника активною роботою; темп праці; важкість праці. Для роботодавця важливо, щоб норми праці і закладена в них інтенсивність забезпечували зростання продуктивності праці, прибутку при мінімальних витратах на робочу силу [7].

Однак основні цілі нормування праці не повинні вичерпуватися виключно економічними інтересами. Чималу роль відіграє у вирішенні соціальних завдань у тому числі забезпечення більш сприятливих можливостей для зростання задоволення працівника змістом та умовами праці, найбільш повного використання його інтелектуального потенціалу.

Тому важливо на кожному робочому місці створити умови для того, щоб норми витрат праці дійсно стали мірою праці і мірою винагороди за працю; показниками ефективності організації виробництва, праці та управління, ціни і якості продукції (її новизни) і робочої сили, а також її соціального захисту.

У ринкових умовах функція нормування праці як міри її оплати стає прерогативою самого інноваційного підприємства.

Підприємство самостійно установлює тарифні ставки, визначає розміри преміальних виплат, доплат за несприятливі умови праці і т.д. В результаті зростає роль нормування праці як засобу розподілення і стимулювання трудової діяльності персоналу. Норми праці, по суті, стимулюють ефективне використання інтелектуальних і матеріальних ресурсів і підтримання високої якості інноваційної діяльності.

Як зазначає О. В. Чумаченко, нормування трудових витрат працівників є особливо складним, а сучасні підходи до організації і нормування праці управлінських працівників на виробничих підприємствах не дозволяють в повній мірі розкрити і використати людський потенціал.

Відсутність обґрунтованих нормативів на виконання окремих видів робіт призводить до того, що одні виконавці не достатньо навантажені протягом робочого дня, а інші, навпаки, перевантажені [8].

Активізація робіт з розробки та впровадження нормування праці у виробничий процес, а також використання науково обґрунтованих норм і нормативів повинні допомогти персоналу підприємств при русі до інноваційної економіки, і насамперед керівництву в більшості випадків пристосуватися до нових умов господарювання, які диктують світовий ринок та інноваційна політика держави.

### Література

1. Козлитина І. А. Основные направления совершенствования нормирования труда в Республике Беларусь [Электронный ресурс] / И. А. Козлитина. — Режим доступа: <http://www.eis.minsk.by>.
2. Єрьоменко В. О. Основи нормування праці : навч. посіб. / В. О. Єрьоменко, В. С. Рижиков, С. О. Коваленко. — К. : Дельта, 2006. — 288 с.
3. Кодекс законів України про працю від 10 грудня 1971 р.
4. Канафочка Г. Можливості впливу інноваційних процесів на формування ВВП // Журнал інноваційної палати України. — 2009.
5. Інноваційна стратегія українських реформ / А. С. Гальчинський, В. М. Гесць, А. К. Кінах, В. П. Семиноженко. — К. : Знання України, 2002. — 336 с.
6. Беклешов В. К. Нормирование в научно-технических организациях / В. К. Беклешов, П. Н. Завлин. — М. : Экономика, 1989.
7. Фильев В. И. Нормирование работы на современном предприятии / В. И. Фильев. — М. : ЗАТ «Бухгалтерський бюлетень», 2004. — С. 105–106.
8. Чумаченко О. В. Особливості нормування управлінської праці / О. В. Чумаченко, Т. С. Шульгіна // Економічний вісник Донбасу. — 2011. — № 1. — С. 186–190.

### Анотація

Єгоров Є. С. До питання нормування праці у сфері інноваційної діяльності. — Стаття.

У роботі розглянуто деякі питання необхідності нормування праці на підприємствах, які зайняті у сфері інноваційної діяльності, для найбільш ефективного їх функціонування. Вказано

методи та типи нормативів, які застосовуються для організації роботи науковців і фахівців у сфері інновацій.

*Ключові слова:* інноваційна діяльність, нормування праці, нормативи праці.

### Аннотация

*Егоров Е. С.* К вопросу нормирования труда в сфере инновационной деятельности. — Статья.

В работе рассмотрены некоторые вопросы необходимости нормирования труда на предприятиях, занятых в сфере инновационной деятельности, для наиболее эффективного их функционирования. Указаны методы и типы нормативов, которые применяются для организации работы ученых и специалистов в сфере инноваций.

*Ключевые слова:* инновационная деятельность, нормирование труда, нормативы труда.

### Summary

*Yegorov Y. S.* On normalization of labor in innovation activity. — Article.

The paper discusses some issues need to rationing of labor in enterprises engaged in innovation activities in the most effective of their operation. Specified methods and types of standards that are applied to organize the work of scientists and experts in the field of innovation.

*Keywords:* innovation, setting of labor quotas, labor standards.

УДК 349.3

*Л. П. Шумна*

## ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ СОЦІАЛЬНОЇ ПІДТРИМКИ

Здійснення економічних реформ у державі при відсутності обґрунтованої економічної політики та розвиненої ринкової інфраструктури за умов руйнації економічних зв'язків призвело до кризового соціального стану суспільства. Розпад фінансової системи і гіперінфляція в першій половині 90-х рр. XX ст., відродження «тіньової» економіки породили такі укр. негативні наслідки у соціальній сфері, як зниження рівня життя значної частини населення; значна частка прихованого безробіття; різка поляризація населення за рівнем доходу. Як наслідок — зростання кількості населення, що потребує соціальної підтримки. В той же час через роздержавлення економіки та передачу підприємств у приватну власність різко звузилась сфера реалізації соціальних функцій роботодавців та профспілок. Внаслідок цих процесів більшу частку функцій соціального захисту було покладено на державу. Відповідно значно зросли витрати на ці цілі з бюджетів усіх рівнів, соціальних фондів [1].

Єдиний шлях виходу України на траєкторію сталого розвитку — це рішучі й всеосяжні реформи, спрямовані на підвищення конкурентоспроможності економіки, формування професійної й ефективної системи державного управління і зрештою — на підвищення добробуту українських громадян. Запропонована для обговорення Програма економічних реформ України на 2010–2014 роки охоплює широкий набір стратегічних перетворень за 5 напрямками, одним з яких є напрям збереження й розвиток людського й соціального капіталу шляхом підвищення ефективності й стабільності соціального захисту, поліпшення

якості й доступності освіти і медичного обслуговування. Однією із складових Програми є реформа системи соціальної підтримки.

Соціальна підтримка (піклування) — це система заходів з матеріального забезпечення за рахунок державного та місцевого бюджетів та інших джерел фінансування громадян, які не набули з різних причин юридичного права на пенсії та інші види допомог, але потребують соціальної допомоги і не можуть самостійно вийти із скрутного становища [2, 322].

Соціальна підтримка надається у вигляді матеріальної допомоги, соціального обслуговування та різноманітних пілг найменш захищеним категоріям населення в індивідуальному порядку після перевірки наявності у них засобів для існування. Вид, форма і розмір соціальної підтримки залежать від особливостей кожного окремого випадку.

Мета державної політики у сфері соціальної підтримки населення на даний період: пом'якшення негативних наслідків бідності, зниження соціальної нерівності і запобігання соціальному утриманству; підвищення ефективності соціальних допомог і надання інших форм допомоги малозабезпеченим сім'ям на основі принципу адресності; розширення ринку і підвищення якості соціальних послуг, що надаються, в цілях забезпечення свободи вибору громадян, що користуються безкоштовними або субсидійованими соціальними послугами; розширення свободи вибору громадян, що користуються безкоштовними або субсидійованими соціальними послугами [3, 31].

Для реалізації поставленої мети зміни в системі державної соціальної допомоги будуть спрямовані на реалізацію наступних завдань: максимально ефективного соціального забезпечення соціально уразливих сімей, що неспроможні самостійно вирішити соціальні проблеми; підвищення ефективності соціального обслуговування населення, у тому числі за рахунок активного залучення недержавних організацій; чітке розмежування і, за необхідності, перерозподіл повноважень між різними рівнями влади у сфері соціальної підтримки населення; розвиток конкурсного фінансування в соціальній сфері із залученням альтернативних джерел фінансування різних видів соціальної допомоги.

Надання соціальної підтримки здійснюється на таких засадах: адресність надання; доступність отримання; гуманність при визначенні критеріїв допомоги; цільове використання коштів, передбачених для подання соціальної підтримки; надання соціальної допомоги на підставі встановлених законом соціальних стандартів; безповоротність соціальної підтримки [3, 30].

Система соціальної підтримки охоплює такі основні види: допомога сім'ям на виховання дітей; допомога непрацездатним громадянам; підтримка по безробіттю по закінченні терміну виплати допомоги по безробіттю; соціальна підтримка та обслуговування громадян похилого віку та інвалідів; надання соціально-побутової і медичної допомоги самотнім непрацездатним громадянам та інвалідам; соціальне обслуговування окремих категорій громадян (одиноких осіб, дітей-сиріт тощо); допомога біженцям.

Суб'єктами соціальної підтримки можуть бути не тільки державні структури і навіть не стільки вони, а перш за все органи місцевого самоврядування,

громадські організації та фонди. Принципом діяльності суб'єктів соціальної підтримки є, по-перше, адресність їх допомоги і можливість її надання незалежно від соціального статусу об'єкта, по-друге, публічність діяльності як метод створення громадської думки та виховання людини [4, 53].

Соціальна підтримка може мати найрізноманітніші види: від надання кредиту до організації громадських робіт. Але при цьому обов'язково повинні дотримуватися дві вимоги: конкретний і адресний характер допомоги, надання її тим, хто здатний нею скористатися. Порушення їх значною мірою знецінює можливості підтримки. В Харкові з метою підтримки окремих категорій населення в їх працевлаштуванні щорічно за рішенням місцевих органів влади бронюються робочі місця. Але скористався цією можливістю лише невеликий відсоток працівників. Причиною такої низької ефективності цього заходу, на наш погляд, є те, що соціальна підтримка призначалася певним категоріям людей, а не окремим особистостям на основі їх ініціативи.

В умовах становлення ринкової економіки соціальна підтримка виконує декілька функцій:

- (а) економічні: сприяння підвищенню ефективності конкретних форм людської діяльності в системі суспільного розподілу праці;
- (б) соціально-ціннісні: розвиток соціальних відносин на основі підвищення ролі цінностей взаємодопомоги і довіри;
- (в) психологічні: стимулювання до використання особистостями їх психологічних резервів;
- (г) інтегральна: створення умов для ініціативної діяльності інноваційного характеру.

Таким чином, соціальний захист, допомога і підтримка як форми забезпечення соціального життя людей мають різне призначення і різне співвідношення між собою в межах єдиної системи. З розвитком суспільства і виходом його із кризового стану, змінюється динаміка розвитку цих трьох форм соціального забезпечення, більш швидкими темпами починає зростати соціальна підтримка.

При оцінці співвідношення між соціальним захистом, соціальною допомогою і соціальною підтримкою в процесі реалізації певної соціальної програми, на наш погляд, слід керуватися критерієм оцінки змін добробуту, запропонованим В. Парето. Він виходить із того, що соціальна зміна покращує добробут, якщо вона, по-перше, нікому не завдає втрат, по-друге, якась частина людей, за їх власною оцінкою, має від неї користь [5, 302]. Щоб зміни добробуту при реалізації соціальних програм відповідали зазначеному критерію, необхідне використання і соціального захисту, і соціальної допомоги, і соціальної підтримки. У відповідності з їх функціями соціальний захист має попередити можливі втрати добробуту всіх учасників програми, соціальна допомога — допомогти тим, хто може при її здійсненні потрапити в скрутне становище, соціальна ж підтримка стає джерелом інновацій, які здатні підвищити добробут їх ініціаторів. Зважаючи на все це, структура сукупних витрат на соціальний захист, соціальну допомогу і соціальну підтримку в соціальній програмі будь-якого рівня повинна формуватися так, щоб задовольняти вимоги цього критерію.

Аналіз форм забезпечення соціальних прав людини свідчить, що, по-перше, існування цих форм обумовлене соціальною структурою суспільства і особливостями її верств, по-друге, кожна з цих форм виконує певні функції щодо реалізації прав людини, по-третє, використання зазначених форм при реалізації соціальних програм будь-якого рівня є об'єктивно необхідним, співвідношення між ними визначається вимогами критерію зростання добробуту.

За останні роки в нашій країні значно активізувалася законотворча діяльність у сфері соціального захисту громадян. З-поміж усієї низки правових актів вирізняється Закон України «Про соціальні послуги» завдяки значному потенціалу щодо позитивних змін у житті кожного громадянина України, який у певний період свого життя не в змозі впоратися самотужки зі складними життєвими обставинами і потребує сторонньої допомоги. Недержавні організації сприймають прийняття цього Закону також як свідчення визнання державою суспільної ролі недержавного сектора, адже законом передбачено участь недержавних закладів та організацій (громадських, релігійних, тощо) у конкурсах на надання соціальних послуг за рахунок коштів бюджетів різних рівнів.

Допільно відзначити перспективи розвитку сфери соціальних послуг вразливим верствам населення у відповідності до вказаного Закону: потенціальному розвитку ринку послуг, визначенню гарантованого державою мінімуму послуг для кожної цільової групи, зміні принципу фінансування соціальних послуг (з огляду на кількісний склад та потреби цільових груп, а не на кількість місць у наявних закладах), впровадження механізму контролю якості соціальних послуг шляхом впровадження ліцензування закладів та осіб, що їх надають, впровадження конкурсного механізму фінансування закладів, що надають послугу, впровадження механізму вибору користувачем організації, послугам якої він надаватиме перевагу.

Реалізація усієї названої вище сукупності змін та доповнень відповідно до закону стане справжньою революцією у сфері соціальних послуг вразливим верствам населення.

Необхідність збереження державних пільг чи заміна їх відповідним підвищенням заробітної плати та адресною соціальною допомогою є найбільш дискусійною проблемою сучасної соціальної політики України. Правовим підґрунтям початку обговорення цього питання стало зупинення Верховною Радою України на 1999-2001 рр. положень законодавчих актів України у частині надання пільг, які фінансуються з бюджетів усіх рівнів. Актуальність наукових досліджень цієї проблеми підтверджується і розглядом справ Конституційним Судом України щодо пільг, компенсацій і гарантій та щодо офіційного тлумачення терміна «член сім'ї», а також прийнятою Стратегією заміни системи пільг на адресну грошову допомогу населенню (затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 2 березня 2002 р.).

На сьогодні не існує єдиного підходу до розуміння змісту, правової природи державних пільг в Україні. Разом з тим система їх неоднорідна. Потрібно розрізняти пільги, що надаються громадянам за життєвих обставин, які зумовлюють необхідність особливої уваги до людини, тобто є частиною державної сис-

теми соціального забезпечення, та пільги, які пов'язані зі службовим статусом особи чи видом її трудової діяльності. Тому всю систему державних пільг поділимо на соціальні та професійно-побутові пільги.

Під соціальними необхідно розуміти такі пільги, які пов'язані із життєзабезпеченням громадян та зумовлені зниженням рівня їх доходів нижче прожиткового мінімуму або втратою (зниженням) працездатності. Ці пільги можна розглядати як один із видів соціального забезпечення. Правовою підставою надання громадянам соціальних пільг є настання соціального ризику за обставин, передбачених законодавством. Аналіз міжнародної практики та національного законодавства показав, що такими обставинами є непрацездатність, втрата годувальника, хвороба, безробіття, часткове безробіття.

Надміру розвинена система соціальних пільг в Україні (у кількісному еквіваленті) та форм їх виявлення ще не характеризує належний ступінь соціальної захищеності населення. На сьогодні виникла потреба докорінного вдосконалення системи надання соціальних пільг. Недоліками сучасної державної системи соціальних пільг є:

1. Відсутність системного нормативно-правового акта, який універсально встановлював би підстави, перелік суб'єктів, види та механізм надання соціальних пільг.

2. Недосконалість механізму надання пільг, оскільки реально пільгами користуються не всі, хто має на них право (наприклад, правом безоплатного проїзду міським транспортом користуються лише пенсіонери, які проживають у місті; натомість сільські жителі не користуються такою пільгою або ж користуються дуже рідко).

3. Відсутність системи моніторингу доходів сімей, щоб визначати тих, кому забезпечення є найбільш необхідним.

4. Відсутність на підприємствах, що надають послуги, на оплату яких запроваджено пільги, та у місцевих органах виконавчої влади: (а) єдиної методики обчислення фактичної вартості окремих видів пільг; (б) єдиної методики обліку наданих пільг; (в) єдиної статистичної звітності щодо фактичної вартості пільг та стану їх фінансування.

За суб'єктом соціальні пільги можна поділити на пільги: ветеранам війни; ветеранам праці; особам, які мають особливі заслуги перед державою; багатодітним сім'ям; особам, які належать до постраждалих від Чорнобильської катастрофи; дітям-сиротам; репресованим та реабілітованим особам та ін.

За змістом усі соціальні пільги можна поділити на:

- 1) житлово-комунальні (звільнення або зменшення плати за житло, комунальні послуги; першочергове або позачергове забезпечення житлом осіб, які потребують поліпшення житлових умов; надання бюджетних кредитів та позик на індивідуальне житлове будівництво; безкоштовний ремонт жилих будинків (квартир), що перебувають у їх власності, або компенсація витрат на його проведення при виконанні власними силами відповідно до Положення про систему технічного обслуговування, ремонту, реконструкції; безоплатна приватизація житла незалежно від розміру загальної площі);

2) медико-реабілітаційні (безоплатне або пільгове придбання ліків; безоплатне або пільгове санаторно-курортне лікування та виплата компенсації за невикористане право на пільгове санаторно-курортне лікування);

3) транспортні (право безкоштовного проїзду всіма видами пасажирського міського (комунального) та приміського транспорту);

4) соціально-побутові (право на безоплатне або пільгове встановлення телефонів; безоплатне або пільгове користування телефоном);

5) пенсійні (надбавки до трудової чи соціальної пенсії; зменшена вимога щодо необхідного трудового чи страхового стажу особи);

6) соціально-трудова (право на позаконкурсне зарахування до вищих навчальних закладів при одержанні позитивних оцінок; право позачергового працевлаштування за спеціальністю; переважне право на залишення на роботі при скороченні чисельності або штату та на працевлаштування у випадку ліквідації підприємства; підвищений розмір допомоги в разі тимчасової непрацездатності; використання щорічної відпустки у зручний для них час тощо).

Таким чином, соціальна підтримка населення, що здійснюється у трьох основних формах (соціальних пільг, соціальної допомоги й субсидій), є надмірно складною й непрозорою. Проблема чинної системи соціальної підтримки є:

- низький рівень охоплення бідного населення соціальними допомогами;
- низька адресність при наданні соціальної підтримки (це стосується насамперед пільг).

Існуюча українська система пільг покликана частково компенсувати населенню низькі заробітки, несприятливі умови праці, а в деяких випадках — служити додатковим стимулом залучення до різних видів діяльності чи підкреслювати особливі заслуги тієї чи іншої групи населення. Однак постійний брак коштів у держбюджеті та збільшення щороку кількості пільговиків на сьогодні набуває загрозливого масштабу.

Метою реформи є підвищення охоплення соціальною підтримкою незаможних верств населення при раціональному використанні бюджетних коштів.

Для досягнення цілей на період реформи поставлено такі завдання:

- посилити адресний характер надання соціальної підтримки шляхом:
  - а) об'єднання всіх видів соціальної допомоги в єдину програму соціального захисту, що діятиме переважно на принципах адресності (за винятком допомоги при народженні дитини, інвалідам з дитинства й дітям-інвалідам) та з урахуванням доходів одержувачів допомоги; б) інтеграції програми пільг на оплату житлово-комунальних послуг з програмою житлових субсидій; внесення законодавчих змін до правил надання субсидій; в) запровадження непрямих методів оцінювання доходів громадян, які претендують на одержання соціальної підтримки; г) урахування доходів при наданні всіх видів пільг (крім пільг особам, які мають виняткові заслуги перед Батьківщиною);

- підвищити ефективність управлінських рішень у системі соціальної підтримки населення шляхом: а) створення єдиної бази усіх видів соціальної підтримки, єдиного інформаційного середовища для органів праці й соціально-

го захисту населення, Пенсійного фонду, Державної податкової адміністрації, МВС, органів реєстрації актів громадянського стану; б) створення єдиної мережі соціальних служб на базі Міністерства праці й соціальної політики для комплексного надання населенню соціальних послуг (від допомоги в працевлаштуванні до соціального обслуговування вдома); в) запровадження системи моніторингу і аудиту програм соціальної підтримки на постійній основі; г) удосконалення інституту соціальної інспекції шляхом розширення функцій соціальних інспекторів з переданням їм повноважень щодо моніторингу й оцінювання рівня доходів одержувачів допомоги.

Стратегічним напрямом розвитку системи соціального забезпечення населення України є подальше поглиблення адресної соціальної допомоги, тобто спрямування фінансових ресурсів держави на підтримку лише тих, хто її дійсно потребує, тому нині ця система соціально зорієнтована на допомогу саме найуразливішим верствам населення.

В основу реформ у сфері соціальної підтримки населення буде покладено принцип адресної спрямованості соціальної допомоги на підставі перевірки потреби, суть якої — концентрація державних ресурсів на задоволення потреб тих, хто найбільш цього потребує.

Потрібен зважений підхід до поступового перегляду і відміни деяких пільг при введенні адекватних компенсаційних механізмів для малозабезпечених і найуразливіших верств населення.

### Література

1. Карпачова П. Стап дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні. Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / П. Карпачова. — К., 2000.
2. Прилипко С. М. Предмет права соціального забезпечення : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05 / С. М. Прилипко ; Нац. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 382 с.
3. Право соціального забезпечення в Україні : підручник / за заг. ред. С. М. Прилипко, О. М. Ярошенка. — Х. : ФІНН, 2009. — 434 с.
4. Сень Г. П. Теоретичні аспекти соціальної підтримки як фактора подолання стресу // Академія праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. 2007. № 2. С. 30-34.
5. Баумоль У. Экономическая теория и исследование операций : пер. с англ. / У. Баумоль. — М. : Прогресс, 1965. — 496 с.

### Анотація

**Шуля Л. П.** *Поняття та види соціальної підтримки.* — Стаття.

У статті висвітлюються правові аспекти інституту соціальної підтримки. Проаналізовані види соціальної підтримки.

*Ключові слова:* соціальна підтримка, соціальний захист, соціальна допомога, соціальні пільги, соціальне забезпечення.

### Аннотация

**Шуля Л. П.** *Понятие и виды социальной поддержки.* — Статья.

В статье освещается вопрос о правовом аспекте института социальной поддержки. Проанализированы виды социальной поддержки.

*Ключевые слова:* социальная поддержка, социальная защита, социальная помощь, социальные льготы, социальное обеспечение.

### Summary

*Shumna L. P.* The notion and types of social support. — Article.

This article covers the legal aspects of the institute of social support. Analyzed the types of social support.

*Keywords:* social support, social protection, social assistance, social benefits, social security.

УДК 349.2:331.105

*М. В. Сорочишин*

### ОБМІН ІНФОРМАЦІЄЮ ЯК ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВА ФОРМА СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ

У Рекомендації МОП № 129 про зв'язки між адміністрацією і працівниками на підприємстві 1967 р. відзначається важливість ефективної політики зв'язків на підприємстві, яка має забезпечувати таке становище, щоб до прийняття адміністрацією рішення з важливих питань про це давалась інформація і між зацікавленими сторонами відбувалися консультації, оскільки передача такої інформації не завдає шкоди жодній із сторін.

Обмін інформацією, на думку експертів Міжнародної організації праці, є базовою формою соціального діалогу [3, 2]. Саме на основі обміну інформацією функціонують інші організаційно-правові форми соціального діалогу. Інформація виступає найважливішою передумовою ефективного управління соціальними процесами та основою для прийняття адекватних рішень. Постійний та систематичний обмін інформацією не тільки дозволяє сторонам співвіднести свої позиції з можливостями і намірами іншої сторони, а також виступає фактором, який дозволяє встановити більш високий рівень довіри між соціальними партнерами.

Розвитком теоретичних положень щодо соціального діалогу та його організаційно-правових форм займалися такі вчені, як Н. Волотіна, Г. Гончарова, І. Дубровський, В. Жернаков, В. Жуков, З. Козак, В. Комарницький, В. Новиков, П. Пилипенко, В. Покотило, О. Процевський, В. Ротань, О. Трюхан, О. Уманський, Н. Хуторян, Г. Чанишева.

Тема обміну інформацією між сторонами соціального діалогу на сьогоднішній день є досить актуальною. В чинному законодавстві, яке регулює питання обміну інформацією, також існує ряд прогалин і колізій.

Необхідно також зазначити, що проблеми обміну інформацією як одна з форм соціального діалогу не знайшли на сьогоднішній день детального дослідження у науковій літературі.

Метою даної статті є дослідження механізму здійснення обміну інформацією як однієї з організаційно-правових форм соціального діалогу,

У ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» визначено, що обмін інформацією здійснюється з метою з'ясування позицій, досягнення до-

мовленостей, пошуку компромісу і прийняття спільних рішень з питань економічної та соціальної політики [1]. Разом з тим, визначивши поняття обміну інформацією, законодавець залишив поза своєю увагою порядок здійснення даного обміну саме між суб'єктами соціального діалогу, встановивши лише, що порядок даного обміну визначається сторонами, тим самим залишаючи неврегульованими багато правових та організаційних питань.

Проектом Трудового кодексу також детально не врегульовано механізм здійснення обміну інформацією. На нашу думку, з огляду на те, що глава друга книги постої проекту Трудового кодексу визначає механізм проведення колективних переговорів та укладання колективних договорів і угод як однієї з організаційно-правових форм соціального діалогу, у книзі шостій проекту Трудового кодексу потрібно в окремій главі передбачити механізм здійснення обміну інформацією між сторонами соціального діалогу.

Визначення поняття «інформація» міститься в Законі України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. Згідно зі ст. 1 даного нормативно-правового акта під інформацією розуміються документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі [4].

Право на отримання сторонами соціального діалогу інформації міститься також у законах України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» та «Про організації роботодавців». Згідно зі ст. 28 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», профспілки та їх об'єднання мають право одержувати безоплатно інформацію від роботодавців або їх об'єднань, органів державної влади 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 [5].

Статтею 21 Закону України «Про організації роботодавців» встановлюється, що організації роботодавців та їх об'єднання мають право одержувати від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності інформацію з соціально-економічних питань та питань, пов'язаних з трудовими відносинами, розвитком держави, необхідну для виконання своїх статутних завдань [6]. Разом з тим даним Законом не передбачено право організацій роботодавців та їх об'єднань отримувати інформацію від профспілок, крім права на отримання інформації про виконання колективного договору чи угоди, яке передбачене ст. 15 Закону України «Про колективні договори та угоди», що є, на нашу думку, прогалиною у чинному законодавстві. Необхідно зазначити, що окремий роботодавець також може виступати суб'єктом соціального діалогу, і законодавством, у даному випадку, не передбачене право роботодавця на одержання інформації від профспілок. У ст. 26 проекту Трудового кодексу, яка визначає права роботодавця, також не передбачається право роботодавця на отримання інформації від профспілок, що, на нашу думку, є суттєвим недоліком проекту і потребує доповнення.

Частиною 2 ст. 8 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» закріплено, що жодна із сторін не може відмовити в наданні інформації, крім випадків, якщо така інформація відповідно до закону належить до інформації з обмеженим доступом [1]. Поняття інформації з обмеженим доступом міститься в Законі України «Про інформацію». Згідно зі ст. 30 даного нормативно-правового акта інформація з обмеженим доступом поділяється на конфіденційну та таємну [4]. Разом з тим Закон України «Про соціальний діалог» не обмежує сторони у праві надання конфіденційної інформації, а отже, сторони, якщо це не суперечить їх інтересам, можуть надавати таку інформацію іншій стороні.

Чинним законодавством передбачені випадки, коли сторони соціального діалогу зобов'язані надати інформацію з обмеженим доступом. Так, ч. 2 ст. 251 КЗпП передбачено, що у разі затримки виплати заробітної плати власник або уповноважений ним орган зобов'язаний на вимогу виборних профспілкових органів надати письмовий дозвіл на отримання в банках інформації про наявність коштів на рахунках підприємства, установи, організації чи отримати таку інформацію в банках і надати її профспілковому органу [7].

Можливість надання сторонам інформації з обмеженим доступом потребує, на нашу думку, додаткової правової регламентації. Залишається неврегульованим питання розголошення інформації такого типу. На нашу думку, в проекті Трудового кодексу необхідно визначити коло осіб, які можуть нести відповідальність за розголошення чи неналежне зберігання інформації, яка надана стороні. Також, на нашу думку, необхідно встановити можливість сторін визначати певну інформацію, яка не є конфіденційною чи таємною, як таку, що не можливо передавати третім особам, оскільки це буде суперечити інтересам однієї зі сторін, і відповідно відповідальність за розголошення даної інформації.

Залишається також неврегульованим питання відносно критеріїв інформації. Законом «Про соціальний діалог в Україні» не передбачено обов'язок надавати достовірну, повну і об'єктивну інформацію, що, на нашу думку, є суттєвою прогалиною у законодавстві.

Законом України «Про соціальний діалог в Україні» та проектом Трудового кодексу не передбачається, в якій формі повинна надаватись інформація. Законом України «Про інформацію» передбачені лише форми надання інформації органами державної влади та місцевого самоврядування.

На нашу думку, в Законі України «Про соціальний діалог в Україні» необхідно закріпити перелік випадків, у яких інформація може бути надана в усній, письмовій чи інших формах. Дане положення буде сприяти наданню об'єктивної та повної інформації, оперативності надання інформації та зручності її обміну. Також доцільно закріпити обов'язок сторін соціального діалогу надавати інформацію саме у тій формі, яку вимагає інша сторона.

Залишається також невизначеним питання строків надання інформації. Статтею 28 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» встановлено, що профспілки мають право одержувати безоплатно інформацію від роботодавців у п'ятиденний строк. Статтею 251 КЗпП передбачено

обов'язок власника надати зазначену вище інформацію у тижневий строк. Отже, у чинному законодавстві існує колізія, яка потребує виправлення.

Певні види інформації потребують більшого часу на їх збирання та систематизацію. Так, на великому підприємстві, де функціонує декілька структурних підрозділів, інформація про стан виконання колективного договору чи про соціально-економічний розвиток підприємства може підготовлюватися протягом тривалого терміну. Аналогічна ситуація може виникнути і при збиранні інформації однією зі сторін соціального діалогу на регіональному чи галузевому рівні. З огляду на це, видається доцільним закріпити у Законі України «Про соціальний діалог в Україні» обов'язок сторін, у випадках, коли не можливе оперативне надання інформації, саме розпочати та погодити з іншою стороною у п'ятиденний строк процес підготовки та строку надання інформації, або надати відповідь, що певна інформація не може бути надана, оскільки належить до інформації з обмеженим доступом.

Статтею 28 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» передбачено право профспілок отримувати інформацію безоплатно. Але в певних випадках збирання та підготовка інформації потребує витрат певних матеріальних ресурсів чи людської праці. На нашу думку, в проекті Трудового кодексу у окремій статті необхідно закріпити обов'язок соціальних партнерів відшкодовувати іншій стороні витрати, які пов'язані зі збиранням та підготовкою інформації, що надається іншій стороні за її запитом.

Статтею 13 Закону України «Про інформацію» передбачено, що держава зобов'язана постійно дбати про своєчасне створення, належне функціонування і розвиток інформаційних систем, мереж, банків і баз даних у всіх напрямках інформаційної діяльності. Однією з корисних європейських організаційних інновацій у сфері обміну можна назвати створення на початку 90-х років минулого століття Європейської служби моніторингу трудових відносин. Ця структура представляє мережу працюючих у всіх країнах — членах ЄС експертів з трудових відносин (як правило, залучаються співробітники дослідницьких підрозділів профцентру і підприємницьких асоціацій), які регулярно інформують координаторів, що знаходяться в Брюсселі, про всі факти та події (галузеві колектові страйки, програмні заяви урядів, керівників профспілок і підприємницьких організацій і т.д.) [10]. Таким чином, протягом останніх років був зібраний європейський банк даних про еволюцію трудових відносин, доступний чиновникам Комісії ЄС і країн-членів, а також експертам і профспілковим діячам. На нашу думку, аналогічна служба має бути створена і в Україні.

Отже, дослідивши обмін інформацією як одну з організаційно-правових форм соціального діалогу, можна зробити висновок, що на сьогоднішній день залишаються невирішеними багато правових питань щодо механізму обміну інформацією, а тому для їх розв'язання пропонуємо таке:

- доповнити у проекті Трудового кодексу окрему главу у книзі 6, яка детально регулювала б саме механізм здійснення обміну інформацією;
- закріпити у ст. 26 проекту Трудового кодексу право роботодавця на отримання інформації від професійних спілок;

- закріпити у Законі України «Про соціальний діалог» критерії інформації: повнота, об'єктивність, достовірність;
- визначити в проекті Трудового кодексу строки надання сторонами соціального діалогу інформації, а також закріпити обов'язок сторін, у випадках, коли не можливе оперативне надання інформації, розпочати та погодити з іншою стороною у п'ятиденний строк процес підготовки та строку надання інформації, або надати відповідь, що певна інформація не може бути надана, оскільки належить до інформації з обмеженим доступом;
- визначити форми, в яких повинна надаватись інформація і випадки надання інформації у тій чи іншій формі;
- визначити порядок відшкодування витрат, пов'язаних з наданням інформації.

### Література

1. Про зв'язки між адміністрацією і працівниками на підприємстві : рекомендація Міжнародної організації праці № 129 від 28 черв. 1967 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993\\_074](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993_074).
2. Про соціальний діалог в Україні : Закон України від 23 груд. 2010 р. // Урядовий кур'єр. — 2011. — № 29.
3. Social Dialogue: all partners for decent work / International Labor Office. — Geneva, 2007. — 12 р.
4. Про інформацію : Закон України від 2 жовт. 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650.
5. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон України від 15 верес. 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 45. — Ст. 397.
6. Про організації роботодавців : Закон України від 24 трав. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 32. — Ст. 171.
7. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — Дод. до № 50. — Ст. 375.
8. Проект Трудового кодексу України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_17pf3511-30947](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_17pf3511-30947).
9. Яковенко О. О. Спина інформаційна платформа з питань соціально-трудових відносин / О. О. Яковенко, Д. І. Стрельченко // Вісник Донецького національного університету. Сер. Економіка і право. — 2010. — Вип. 2. — С. 537–545.
10. Новоселов Е. Трудовые отношения по-европейски [Електронний ресурс] / Е. Новоселов. — Режим доступу : <http://www.oilru.com/sp/8/350>.

### Анотація

*Сорочишин М. В.* Обмін інформацією як організаційно-правова форма соціального діалогу. — Стаття.

У статті досліджується правове регулювання механізму здійснення обміну інформацією як однієї з організаційно-правових форм соціального діалогу. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства та проекту Трудового кодексу у даній сфері.

*Ключові слова:* соціальний діалог, обмін інформацією, організаційно-правові форми соціального діалогу.

### Аннотация

*Сорочишин М. В.* Обмен информацией как организационно-правовая форма социального диалога. — Статья.

В статье исследуется правовое регулирование механизма осуществления обмена информацией как одной из организационно-правовых форм социального диалога. Вносятся предложения

ний по удосконаленню діючого законодавства і проекту Трудового кодексу в даній сфері.

*Ключевые слова:* соціальний діалог, обмін інформацією, організаційно-правові форми соціального діалогу.

### Summary

*Sorochyshyn M. V.* Exchange of information as a legal form of social dialogue. — Article.

The article deals with the mechanism of legal regulation of information sharing, as one of the organizational forms of social dialogue. Author makes suggestions for improving legislation and the draft Labour Code in this area.

*Keywords:* social dialogue, information sharing, organizational forms of social dialogue.

УДК 343.9:364

*А. В. Горова*

### НЕДЕРЖАВНИЙ СЕКТОР НАДАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПОСЛУГ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Завданням соціальної політики держави є захист конституційних прав та свобод громадян, у тому числі забезпечення соціальними послугами осіб, які перебувають у складних життєвих обставинах та потребують сторонньої допомоги. Надання соціальних послуг у необхідному обсязі та відповідної якості спрямоване на задоволення соціальних, фізичних та культурних потреб окремої особи, а також формування і збереження культурних та духовних цінностей у суспільстві.

Згідно з чинним законодавством, основними суб'єктами-надавачами соціальних послуг в Україні є державні та комунальні установи, що фінансуються з державного чи місцевого бюджету та безпосередньо виконують соціальні функції держави з надання соціальних послуг. Однак постійне збільшення кількості осіб, які потребують соціального забезпечення шляхом надання їм соціальних послуг, призводить до ситуації, коли держава не в змозі повною мірою забезпечити надання соціальних послуг всім особам, які цього дійсно потребують, та не може гарантувати якості послуг, зважаючи на обмеженість розміру видатків з бюджетів на зазначені цілі. Суттєву підтримку у сфері надання соціальних послуг державі у такому випадку мали б надати саме недержавні суб'єкти — надавачі соціальних послуг.

Проблеми правового регулювання діяльності суб'єктів — надавачів соціальних послуг, у тому числі недержавних, тією чи іншою мірою досліджувались Б. І. Сташківим, П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, С. М. Синчук та деякими іншими авторами.

Метою даної статті є дослідження сучасного стану недержавного сектора надання соціальних послуг та внесення пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства у цій сфері.

У соціально розвинених країнах існує ринок соціальних послуг, що зумовлено наявністю багатьох суб'єктів — надавачів таких послуг різних форм власності. В Україні необхідність соціальних закладів різних форм власності визначено ст. 46 Конституції України, в якій зазначено, що право на соціальний захист громадян реалізується шляхом створення мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними. Зазначену норму деталізовано ч. 11 ст. 1 Закону України «Про соціальні послуги», в якій зазначено, що суб'єктами, які надають соціальні послуги, є державні та комунальні спеціалізовані підприємства, установи та заклади соціального обслуговування, підпорядковані центральним, місцевим органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування (далі — державні та комунальні суб'єкти), юридичні особи, створені відповідно до законодавства, які не мають на меті отримання прибутку (далі — недержавні суб'єкти), фізичні особи.

Статтею 12 Закону України «Про соціальні послуги» передбачено, що сфера надання соціальних послуг заснована на використанні та розвитку всіх форм власності і складається з державного та недержавного секторів.

На відміну від державного сектора, до якого, згідно з чинним законодавством, належать такі суб'єкти надання соціальних послуг особам, які цього потребують, як органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, центри соціальних служб для дітей, сім'ї та молоді, служби у справах дітей та інші служби та установи, що знаходяться в державній або комунальній власності — недержавний сектор надання соціальних послуг менш розгалужений. До недержавного сектора відносяться громадські, благодійні, релігійні організації та фізичні особи, діяльність яких пов'язана з наданням соціальних послуг.

Незважаючи на те, що надання соціальних послуг в Україні є прерогативою саме держави, організації недержавного сектора у сфері надання соціальних послуг особам, які цього потребують, відіграють значну роль. Спектр соціальних послуг, що надаються недержавними організаціями, є досить широким та охоплює такі соціальні сфери: надання соціальних послуг людям з обмеженими можливостями, соціальна реабілітація, робота з дітьми та молоддю, допомога сім'ям з дітьми-інвалідами, соціальна профілактика негативних явищ серед молоді, протидія поширенню епідемії ВІЛ/СНІД, робота з безпритульними, психолого-педагогічне консультування та деякі інші.

Недержавні організації здійснюють свою діяльність залежно від території, на яку розповсюджується діяльність таких організацій, на місцевому, загальнонаціональному та міжнародному рівні. Переважна більшість недержавних організацій в Україні здійснює свою діяльність саме на місцевому рівні, в межах якогось одного міста. Тому недержавні організації, які здійснюють свою діяльність на місцевому рівні, краще знають місцеві громади, знайомі з їхніми потребами та часто можуть запропонувати найефективніший спосіб надання соціальних послуг місцевому населенню та, на думку Л. Сідельник, є причиною того, що такі організації здатні ефективніше, ніж державні, надавати соціальні послуги, швидше реагувати на нові потреби у соціальній сфері [7, ст. 27].

На сьогодні важливість залучення до діяльності у сфері надання соціальних послуг особам, які цього потребують, організацій саме недержавного сектора визначена на державному рівні. Наприклад, Наказом Міністерства у справах сім'ї, молоді та спорту «Про затвердження Стратегії розвитку системи соціальних послуг для сім'ї, дітей та молоді на 2009–2014 роки» № 4414 від 4 листопада 2008 року встановлено, що ключовим ресурсом щодо збільшення кількості та покращення якості соціальних послуг є недержавні організації соціального спрямування, а одним з пріоритетів розвитку системи соціальних послуг є формування ринку соціальних послуг шляхом забезпечення рівних можливостей для організацій/закладів різних форм власності, створення механізмів регулювання їх діяльності.

Наказом Міністерства у справах сім'ї, молоді та спорту «Про затвердження Плану впровадження Стратегії розвитку системи соціальних послуг для сім'ї, дітей та молоді на 2011 рік» № 306 від 1 лютого 2011 року визначено початкові кроки у вказаному напрямку — протягом 2011 року Держсоцслужба та центри соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді зобов'язані: 2.4. Налагодити взаємодію з громадськими організаціями, сприяти залученню фінансової та технічної допомоги громадських організацій в організації та здійсненні соціальної роботи з сім'ями дітьми та молоддю; 2.6. Залучити до розробки та узгодження нормативно-правових документів громадські та благодійні організації, що надають соціальні послуги сім'ям, дітям та молоді; 2.9. Визначити перелік соціальних послуг, які можуть бути делеговані недержавним суб'єктам, що надають соціальні послуги, механізм делегування їх та фінансування.

Водночас детальний розгляд становища недержавних суб'єктів, що надають соціальні послуги — неприбуткових юридичних осіб, свідчить про те, що жодних привілеїв, пільг чи інших засобів заохочення для таких суб'єктів наразі не існує. Для українських недержавних організацій не створено сприятливих умов для виходу на ринок соціальних послуг і отримання замовлення від держави на їх надання. Незважаючи на те, що органи влади формально визнають важливу роль неурядових організацій у вирішенні соціальних проблем, державні закупівлі соціальних послуг фактично здійснюються переважно у державних установ. Державне фінансування проектів недержавних організацій поширюється на обмежене коло таких організацій, а саме: організації інвалідів, ветеранів, молодіжні та дитячі громадські організації. Без права на отримання державного фінансування залишаються, зокрема, недержавні організації, що надають соціальні послуги багатодітним сім'ям або невиліковно хворим. Через обмеження можливості участі недержавних суб'єктів — надавачів на ринку соціальних послуг та низький рівень державних соціальних послуг деяким категоріям осіб, вирішення важливих суспільних проблем гальмується.

Фактично єдиним кроком держави назустріч громадським та благодійним організаціям — надавачам соціальних послуг стало прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення умов ведення бізнесу в Україні» № 1759-VI від 15 грудня 2009 року, що скасував необхідність ліцензування цього виду діяльності.

Відсутність державної опіки над недержавними суб'єктами вбачається і у порівнянні їх становища з привілеями державних та комунальних суб'єктів. Яскравим прикладом є положення ч. 4 ст. 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 року № 2269-ХІІ, відповідно до якого у разі надходження заяви про оренду майна від державних та комунальних спеціалізованих підприємств, установ та закладів соціального обслуговування, що надають соціальні послуги відповідно до Закону України «Про соціальні послуги», оголошення про намір передати майно в оренду не розміщується і договір оренди укладається з таким заявником без проведення конкурсу. Недержавні ж суб'єкти, що надають соціальні послуги на професійній основі, тобто основним напрямком діяльності яких є саме надання соціальних послуг та які є неприбутковими організаціями, у разі необхідності в оренді майна можуть отримати це майно лише через конкурс.

До недержавного сектора соціального обслуговування належать також фізичні особи, які надають соціальні послуги. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про соціальні послуги» основні вимоги, що висуваються до фізичних осіб, які надають соціальні послуги, є відповідна освіта та особисті якості. Статтею 7 цього Закону зазначено, що фізичним особам, які надають соціальні послуги, призначаються і виплачуються компенсаційні виплати в порядку та розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України.

Відповідно до Порядку призначення і виплати компенсації фізичним особам, які надають соціальні послуги, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2004 року № 558, щомісячна компенсаційна виплата призначається непрацюючим фізичним особам, які постійно надають соціальні послуги громадянам похилого віку, інвалідам, дітям-інвалідам, хворим, які не здатні до самообслуговування і потребують постійної сторонньої допомоги (крім осіб, що обслуговуються соціальними службами). Однак щомісячна компенсаційна виплата не залежить від кількості, якості та обсягу витрат наданих послуг, її розмір є фіксованим та досить низьким, і призначається така виплата лише непрацюючим особам, які надають соціальні послуги, що, в свою чергу, не може слугувати як міра заохочення фізичних осіб до надання соціальних послуг особам, які цього потребують.

Таким чином, слід дійти висновку, що в Україні відсутні сприятливі умови для розвитку недержавного сектора соціального обслуговування, ринок соціальних послуг знаходиться на початковій стадії розвитку та не відповідає нинішнім потребам суспільства та міжнародному рівню. Вдосконалення системи надання соціальних послуг з метою створення сприятливих умов для виходу на ринок соціальних послуг недержавних суб'єктів — надавачів таких послуг можливо лише за умови реформування цієї системи в цілому.

13 квітня 2007 року розпорядженням Кабінету Міністрів України було схвалено Концепцію реформування системи соціальних послуг, прийняття якої було обумовлено необхідністю підвищення ефективності функціонування такої системи та наближення до потреб отримувачів. Задля досягнення вказаної мети Концепцією передбачено застосування гнучких бюджетних процедур, впрова-

дження ринкових механізмів, здійснення демонополізації ринку соціальних послуг шляхом розширення кола суб'єктів-надавачів соціальних послуг, а також здійснення заходів щодо децентралізації управління у сфері надання соціальних послуг потребуючим й підвищення ролі місцевого самоврядування у розв'язанні соціальних питань. Також, згідно з Концепцією, політика держави має бути спрямована на зміцнення як державного, так і недержавного сектора надання соціальних послуг.

Однак, незважаючи на те, що вказана Концепція є тією парадигмою розвитку соціальної сфери України, дотримання якої повинно якісно підвищити рівень забезпечення громадян, на сьогодні більшість положень вказаної Концепції так і не реалізовано.

На думку автора, створення сприятливих умов для участі недержавних суб'єктів — надавачів соціальних послуг на ринку соціальних послуг, з метою їх залучення до діяльності у сфері надання соціальних послуг особам, які цього потребують, можливе за умови вжиття таких заходів:

- забезпечити доступ недержавних суб'єктів до державного фінансування, зважаючи на те, що вказані суб'єкти беруть на себе частину функцій держави у сфері надання соціальних послуг. Згідно зі ст. 14 Закону України «Про соціальні послуги» фінансування соціальних послуг та програм їх розвитку здійснюється за рахунок державного та місцевих бюджетів, однак бюджетним законодавством передбачається фінансування не окремих видів соціальних послуг, а надання коштів на утримання конкретних державних соціальних установ, які здійснюють надання соціальних послуг;

- здійснити чітке розмежування щодо визначення відмінностей між різними видами недержавних суб'єктів — надавачів соціальних послуг (громадські, благодійні, релігійні організації та фізичні особи, діяльність яких пов'язана з наданням соціальних послуг) шляхом внесення відповідних змін до Закону України «Про соціальні послуги», адже зазначеним нормативно-правовим актом не встановлено чітких відмінностей між різними видами недержавних суб'єктів-надавачів соціальних послуг, та не встановлено, які практичні наслідки має застосування до кожного з них своїх нормативних засад. Також було б доцільним деталізувати які саме послуги можуть бути делеговані недержавним суб'єктам-надавачам соціальних послуг;

- змінити підходи щодо формування соціальних стандартів надання соціальних послуг, а саме: встановлення державних соціальних стандартів для кожного окремого виду послуг та незалежно від суб'єкта — надавача таких послуг, а не для окремих закладів, та внесення відповідних змін до Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» та у Державний класифікатор Державних соціальних стандартів та нормативів. При вказаному підході стандартами б визначалися критерії якості та умови надання послуг для всіх суб'єктів-надавачів, незалежно від їх форми власності.

Вжиття вищезазначених заходів дозволить не лише спростити доступ недержавних суб'єктів — надавачів соціальних послуг до ринку соціальних послуг в Україні, а й підвищити якість послуг, що надаються такими організаціями.

### Література

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Про соціальні послуги : Закон України від 19 черв. 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 29. — Ст. 1435.
3. Про оренду державного та комунального майна : Закон України від 10 квіт. 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 30. Ст. 416.
4. Про затвердження Стратегії розвитку системи соціальних послуг для сім'ї, дітей та молоді на 2009–2014 роки : наказ Міністерства у справах сім'ї, молоді та спорту від 4 листоп. 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://rada.gov.ua/>
5. Про затвердження Плану впровадження Стратегії розвитку системи соціальних послуг для сім'ї, дітей та молоді на 2011 рік : наказ Міністерства у справах сім'ї, молоді та спорту від 1 лют. 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://rada.gov.ua/>
6. Про схвалення Кошторис реформування системи соціальних послуг : розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 квіт. 2007 р. № 178-р // Офіційний вісник України. — 2007. — № 28. — Ст. 1122.
7. Сідельник Л. Неурядові організації — ефективні союзники держави в наданні соціальних послуг: теорема чи аксіома? // Громадянське суспільство. — 2010. — № 1. — С. 22–26.

### Анотація

**Горова А. В.** Недержавний сектор надання соціальних послуг: сучасний стан та перспективи розвитку. — Стаття.

У статті висвітлено сучасне становище недержавного сектора надання соціальних послуг (недосконалість законодавства, відсутність державного фінансування, відсутність універсальних соціальних стандартів) та наведено ряд пропозицій щодо вдосконалення законодавства у цій сфері.

**Ключові слова:** соціальне обслуговування, соціальні послуги, стандарти надання соціальних послуг.

### Аннотация

**Горова А. В.** Негосударственный сектор предоставления социальных услуг: современное состояние и перспективы развития. — Статья.

В статье рассмотрено современное положение негосударственного сектора предоставления социальных услуг (несовершенство законодательства, отсутствие государственного финансирования, отсутствие универсальных социальных стандартов) и вынесено ряд предложений по усовершенствованию законодательства в этой сфере.

**Ключевые слова:** социальное обслуживание, социальные услуги, стандарты оказания социальных услуг.

### Summary

**Gorovaya A.** Non-governmental sector of social services: current status and prospects. — Article.

In article discussed the current state of private sector provision of social services (imperfect legislation, lack of state funding, the lack of universal social standards) and made several proposals on improving legislation in this area.

**Keywords:** social services, social facilities, standards for the provision of social services.

Розділ 5

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ**



## ДОГОВІР: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПОНЯТТЯ

Цивільно-правовий договір по праву сьогодні займає одне з чільних місць в економіці, в господарській діяльності. Договір в цивільній науці розглядається з різних правових площин: як правовідношення, як угода, як підстава виникнення зобов'язань, як документ та як саме зобов'язання. Особливості договору розглядалися українськими науковцями, такими як Н. С. Кузнецова, Т. В. Боднар, В. В. Луць, А. С. Довгерт, М. М. Сібільов, В. Г. Олюха. І хоч договір займає особливе місце в цивільному праві, та цивілістика не поповнилася достатньою кількістю поглядів-досліджень щодо його визначення. Праці вчених стосуються переважно окремих видів договірних зобов'язань.

Мета цього дослідження полягає у розкритті різноманітних аспектів договору, визначенні сутності цивільно-правового договору, здійсненні аналізу теоретичного визначення договору та законодавчого закріплення, встановлення місця договору в системі договірних права.

Загальноживаних значень терміна «договір» є три: договір як правочин, договір як зобов'язання, договір як документ [1, 135]. Такий підхід до поняття договору є традиційним, та договір має дещо ширший спектр та може розглядатися в інших площинах.

Договір виражається як певний регулятор суспільних відносин [2], як універсальна категорія суспільного життя і економічних відносин, втім, договірне регулювання є звичайним, або, можна сказати, природним саморегулятором суспільства і економіки. Як жива природа самостійно реагує на зміни клімату появою нових видів живих організмів, так договірне регулювання змінюється в залежності від потреб суспільства і економіки, реагуючи на зміни ринку появою нових видів договорів і зникненням старих [3, 21].

Окрема позиція виражалась щодо договору як первинного джерела права. Право не можливо уявити без договору. І доказом цьому є наявність нормативно-правового договору — спільного договірного акта-документа двох або більше сторін, що встановили нові норми права за взаємною згодою, які служать підставою для видання правових актів, здійснення інших юридичних дій. Не потрібно ототожнювати нормативно-правовий договір з нормативно-правовим актом. Правова природа договору розкривається через договірні відносини, суспільну самоорганізацію, взаємне волевиявлення сторін, учасників договору. В той час коли нормативно-правовий акт являє собою державно-владне встановлення, є нормативним регулятором суспільних відносин, міжнародно-правовий акт є самостійним джерелом права [4, 513]. Як нормативний акт розглядаються типові договори, однак типовий договір не містить ознак нормативно-правового акта, сьогодні акценти розставлені на визначенні договору як ненормативного регулятора відносин сторін. Договори в римському праві називалися контрактами. Перші усні (вербальні) контракти — стипуляції

(*stipulatio*) — договори, які вимагали для укладення виголошення чітко визначених слів в певній послідовності. Поряд з добровільними стипуляціями, які укладалися на основі волі, існували і стипуляції за вказівкою претора [5, 139].

В теорії держави і права існує теорія виникнення держави шляхом суспільного договору [6], яка ґрунтується на ідеї угоди (договору) як акта розумної волі людини. Представники даної теорії розглядали договір в його варіантах, як суспільний договір-підпорядкування (договір між правителем та людьми) та суспільний договір-об'єднання (договір людей один з одним, усіх з усіма). [4, 46]. Дана теорія не є однією з основних теорій в прийнятті суспільством трактування походження держави. Об'єктивні причини виникнення держави не можна пояснити тільки договором, однак договір відіграє значну роль в державотворенні багатьох країн.

В процесі розвитку договірної права договір зіставляли з законом, починаючи з Римського права, називаючи закони царями, а Ю. А. Тихомиров назвав закон батьком договору [7, 13]. Такий підхід та наукове трактування відобразилося в ст. 1134 ЦК Франції: «правомірні договори стають законом для осіб, які їх уклали». Порівняння з батьками проводить і Брагінський, називаючи угоду матір'ю договору, оскільки вона породжує усі можливі наслідки в договорі.

Відповідно до договірної теорії, де право розглядається як результат численних компромісів, домовленостей між учасниками, належно укладений договір містить правові норми та є формою права. Послідовники договірної теорії пов'язують договірний процес з правотворчістю, стосовно окремих випадків та конкретних осіб [8, 11]. Сторони, виражаючи свою волю, закладаючи свій інтерес, визначають правила поведінки в договорі, втілюючи принцип «дозволено все, що не заборонено законом», таким чином врегульовуючи відносини шляхом встановлення норм. Звідси беззаперечно впливає правотворчий характер договору (не обмеженого рамками законодавця), що є основним юридичним засобом, що опосередковує базисні відносини, приводить в дію норми права [9, 120].

Тлумачення договору як «взаємне зобов'язання, письмова або усна угода» [10] виражається в мовознавстві за допомогою синонімів: зобов'язання та угода, однак законом визначено — «зобов'язання» є правовідношення (ч. 1 ст. 509 ЦК України) з урахуванням акцентів і змістового навантаження, вказаний підхід є прийнятним і виправданим. Важливі і першочергові питання соціального характеру вирішуються за допомогою договору, «як деякої константи, пошуку (опори, точки, прямої), що поєднує інтереси і бажання, права кожної сторони» [11].

Розглядаючи визначення поняття «договір», доречно згадати застереження В. І. Леніна про «умовне і відносне значення всіх визначень взагалі, які ніколи не можуть охопити всебічних зв'язків, явищ в їх повному розвитку [12, 6].

Юридичні відносини, формою яких є договір, не залежно від того, закріплені вони законом або ні, є вольовими відносинами, в яких відображаються економічні відносини. Зміст цих юридичних або вольових відносин дано сами-

ми економічними відносинами [13, 148–149]. Тому договір являє собою юридичне відношення, яке має економічний зміст [14, 6].

Поняття договору по-різному розглядається з позицій права та економіки. Юристи в договорі вбачають юридичну дію, що здійснюється у вигляді погодженого волевиявлення, а економісти розглядають договір через призму економічного обороту [14, 27]. В економіці договір є способом обміну матеріальних благ, важелем динамічних процесів товарообміну. Тому із закріпленням юридичної та економічної рівності суб'єктів права, залученням все більшої кількості об'єктів у цивільний оборот, сприянням свободи конкуренції зростає та поглиблюється роль договору.

Якщо заглибитися в історію Київської Русі, то договір — «ряд» використовувався для примирення (припинення ворожнечі, відновлення злагоди) [15, 313], залагодження конфліктів, свого роду мирова угода, як спосіб вирішення юридичного конфлікту самими сторонами, договір про порядок та умови розв'язання конфлікту на взаємовигідних умовах [16]. Встановлення миру, визначення кордонів, військові союзи, прийняття релігії, династичні союзи (шлюби нав'язані чи вимушені) минулого є договірними формами, відображенням, прототипом договору. В сучасних умовах широко використовується договір як форма вирішення конфліктів як на внутрішній арені держави, так і за її межами, причому в різних сферах відносин.

В сучасному законодавстві мирова угода є регулятором, формою вирішення спору на всіх стадіях судового цивільного процесу, на основі взаємних поступок їх учасників. Частина 1 ст. 175 ЦПК України називає учасників мирової угоди сторонами, в такому разі сторони процесу є сторонами мирової угоди (договору), яка може стосуватися тільки прав і обов'язків сторін та предмета позову, що є обмеженнями такого договору (окрім загальноновизначених вимог щодо дійсності правочинів), і формою вираження його стане ухвала суду про затвердження мирової угоди.

Якщо прослідкувати місце договору в кодифікованих нормативно-правових актах: ЦК УРСР та ЦК України, то переваги однозначно за новим кодексом, де договору відводиться окремий розділ «Загальні положення про договір», що включає дві впорядковані глави, хоч не великі за обсягом, та самостійні формування, на відміну від старого ЦК УРСР [17], де практично не було розмежування в послідовності, розташуванні та змісті між зобов'язанням та договором та й не було визначення самого договору. Частиною 2 ст. 41 ЦК УРСР передбачалося, що угоди можуть бути односторонніми, дво- або багатосторонніми (договори). В ЦК РФ договір — «соглашение» законодавчо закріпилося ЦК України як домовленість [18].

Як науковці, так і законодавець ототожнили договір з домовленістю. Частина 1 ст. 626 ЦК України дає визначення договору як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Але ще з часів Стародавнього Риму домовленість стосувалася всього, про що особи могли домовитися. Поняття «домовленість» далеко ширше, ніж поняття «договір». Не кожна домовленість є договором, а лише

така, яка породжує правові наслідки [19, 106]. Домовленості мають свої ознаки та самостійне значення. В міжнародних відносинах вважається, що домовленості мають не юридичне, а моральне або політичне забарвлення. Це явище все частіше простежується в міжнародній практиці.

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає «домовленість» як принципову дипломатичну домовленість сторін, зафіксовану в протоколі переговорів. Протокол у міжнародному праві — міжнародна двостороння згода з питань обмеженої дії. Отже словник дає нам в деякій мірі вузьке (специфічне) трактування поняття, хоча у внутрішньонаціональному праві протокол застосовується для врегулювання відносин, породжуючи договірні зв'язки з волі сторін [8, 47]. Домовленість може мати необов'язковий вияв, а моральний характер, «несерйозні зобов'язання» (взяти з собою у відпустку), «невизначена домовленість» (прийняти запрошення) [20, 55].

В науці цивілістиці велися дискусії з приводу повноти (чіткості і вірності) вживання слова «домовленість». Дореволюційний вчений-цивіліст В. І. Синайський під договором розумів таке волевиявлення сторін, в силу якого виникає зобов'язання для однієї або обох сторін. Синайський стверджував, що визначити договір як домовленість, а не як особливе волевиявлення не зовсім точно, оскільки договір характеризується саме тим, що він є нова єдина воля, а домовленість передбачає поєднання двох воль, а не утворення нової, єдиної волі [21, 309]. Пізніше цю думку відобразив Красавчиков, вказуючи, що в основі угоди (соглашения) лежить погодження (согласие), а це одностороння дія [11]. Але в цивільному праві договір, на думку Можайка, яка є безспірною, може бути не будь-яка домовленість, а тільки така, яка має визначений правовий зміст, направлений на досягнення визначених правових результатів, хоча в радянський період, коли автор виражав свою позицію, вказаний правовий зміст повинен був відповідати як закону так і затвердженому плану [22, 6].

О. А. Красавчиков співвідносить договір з нормою права як юридичного факту і норми права. «Однак договір — юридичний факт особливого роду. Він відрізняється не тільки від таких юридичних фактів, як події (відбуваються незалежно від волі людей, але і від всіх інших, загалом, і від визначених видів юридичних дій» [11, 6]. Договору притаманні юридичні ознаки, що зумовлюють таку позицію, «договір належить до юридичних фактів, на основі яких виникають зобов'язання» [23, 132]. Договір відрізняється як від правопорушень, що завжди є неправомірними, так і від правомірних дій, юридичних вчинків, які завжди націлені на настання наслідків, незалежно від волі особи [11].

Можна було б погодитися з доктринальним визначенням: договір — правомірний правочин, взаємоузгоджена воля двох і більше сторін, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення цих прав та обов'язків, як правило, у формі відповідних умов договору, у визначеній законом формі [24, 210], за виключенням вжитого «правомірного правочину» саме визначення несе в собі розуміння пра-

вomisної дії (право, чинити, діяти), тобто виникає тавтологія, ст. 204 ЦК України [17], визначає презумпцію правомірності правочину, але називає недійсним чи нікчемним правочином той, який вчинений з недодержанням вимог; мовних та стилістичних помилок в повторенні «форма зобов'язального відношення», у «визначеній законом формі», «цими» сторонами, «цих» прав та обов'язків, хоч автори стверджують, що вказаним визначенням відображено багатоманітність змісту договору. Попри критику цього доктринального визначення схвальним є те, що договір визначено як правочин.

Будь-який договір є здійсненням приватної автономії [25, 250], правомірним волевиявленням і як правовий феномен зустрічається майже в усіх галузях права: цивільного, трудового, сімейного, земельного, господарського... Цікавим є те, що договір всюди зберігає свою сутність, набуваючи галузевих особливостей та спрямований на досягнення правових наслідків. Та попри все, незважаючи на розповсюдженість та інтегральність договору, кожен договір є індивідуальним (щодо сторін, строків, об'єкта...).

Повертаючись до вчення класиків марксизму: «Договір є кінцевий результат, в якому їх воля знаходить своє спільне юридичне вираження» [26, 187]. Цивільно-правовий договір є унікальним правовим інструментом розвитку ринкової економіки щодо вираження волі учасників відносин, визначенні потреб суспільства в товарах і послугах та оптимальному забезпеченні потреб суспільства. Як вірно зазначав І. М. Грущинський, кожен договір за соціальною і психологічною природою незалежно від кола його учасників являє собою просту або складну систему волевиявлень, які органічно поєднуються у взаємній згоді сторін. Це не просто сума волевиявлень певних сторін, а вияв і реалізація їх зустрічних волі і зацікавленостей. Це завжди цілеспрямований юридичний акт, який виражає правомірну, юридично значиму дію, спрямовану на виникнення, зміну чи припинення правомірних зв'язків учасників суспільних відносин [27].

Цивільно-правовий договір виконує основну роль в регулюванні економічних відносин в суспільстві, яку не можна замінити ніякою кількістю законів, нормативно-правових актів, що підтверджено невдалим розвитком планової економіки в СРСР. Саме регулююча функція цивільно-правового договору, яка є основною і найважливішою (інші є похідними), наближає договір до закону, бо договір виступає засобом регулювання правомірної поведінки сторін у цивільних правовідносинах. Луць, опираючись на визначення О. О. Красавчикова, припускає, що у функціях договору поєднується і вияв головних цілей, основного призначення договору (тотожна позиція В. Г. Вердникова стосовно функцій господарського договору) [28] і його вплив на суспільні відносини, бо без використання цієї форми для конкретних правовідносин не може виявитись головне призначення цієї категорії [24, 635]. І хоч цивільно-правовий договір несе в собі певну систему функцій, а через вивчення, дослідження функцій цивільно-правового договору можна розкрити більш повно дієвість і ефективність самого договору і договірного права загалом, та функції цивільно-правового договору не підмінюють мету договору, яка є суб'єктивною, і роз-

кривати цей напрямок в даному дослідженні не є задачею, а може бути самостійним дослідженням.

В останній період правова наука поповнилася цілим масивом досліджень, присвячених договору та окремим його видам. В сучасних умовах роль договору як універсальної та найдодільнішої форми реалізації товарно-грошових відносин та інших майнових відносин стрімко зростає, сфера застосування договору значно розширилася за колом суб'єктів, застосуванням нових видів договорів, реалізації свободи договору. Внаслідок ускладнення економічної організації суспільства, зростання кількості договорів, виникнення нових угруповань та видів: змішані, рамкові договори — «містить лише головні узгоджені умови угоди, що підлягають уточненню виконання робіт» [29], договір є одним з найефективніших правових інструментів та функціонує як механізм регулювання господарських та цивільних відносин. Завдяки розвитку економіки, становленню правової держави спектр відносин, які можуть виражатися в договірній формі, розширюються, а вимоги до порядку їх встановлення спрощуються. Значення договору зростає не тільки за рахунок соціальної та економічної ролі, розширення сфери його дії. Підвищення ролі договору та його значення обумовлено тенденціями самовизначення індивіда.

### Література

1. Цивільне право : підручник. У 2 т. Т. 2 / 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.
2. Сібільов М. Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // Українське комерційне право. — К., 2003. — № 4. — С. 17–18.
3. Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забоев. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 278 с.
4. Скакупи О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скакуп. — Х. : Еспада, 2006. — 776 с.
5. Основы римского частного права : учеб. пособие / С. А. Слипенченко, О. И. Смотров, В. А. Кройтор, Р. Б. Шишка ; под ред. С. А. Слипенченко, О. И. Смотрова. — Х. : Эспада, 2007. — 192 с.
6. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или принципы политического права. Трактаты / Ж.-Ж. Руссо. — М., 1969.
7. Тихомиров Ю. А. Договоры в экономике / Ю. А. Тихомиров. — М., 1993.
8. Завальна Ж. В. Договірні форми регулювання відносин у публічній сфері: теоретико-правовий аспект : монографія / Ж. В. Завальна. — Суми : Мрія, 2009. — 132 с.
9. Корецький А. Д. Договір в механізмі правового регулювання : дис. ... канд. юрид. наук / А. Д. Корецький. — Ростов н/Д, 1999.
10. Великий тлумачний словник сучасної української мови : з дод., допов. та СД / уклад. і голов. ред. В. Г. Бусел. — К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2009. — 1736 с.
11. Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор // Гражданско-правовой договор и его функции : сборник. — Свердловск, 1980. — С. 3–20.
12. Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор / Ф. И. Гавзе. — М. : Юрид. лит., 1972. — 168 с.
13. Кленер Г. От права природы к природе права / Кленер Герман. — М., 1988.
14. Мережко А. А. Договор в частном праве / А. А. Мережко. — К., 2003. — 176 с.
15. Ожегов С. И. Словарь русского языка / С. И. Ожегов. — М., 1984.
16. Прохоренко В. В. Правовая природа мирового соглашения // Цивилистические записки : межвуз. сб. науч. тр. — М. : Статут ; Екатеринбург : Ин-т частного права, 2002. — Вып. 2. — С. 331–345.
17. Цивільний кодекс УРСР // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1999. — № 48.

18. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44.
19. Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве / Р. О. Халфина. — М., 1959.
20. Опоре Т. Про право. Короткий вступ / Опоре Топі. — К., 1997.
21. Синайский В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. — М., 2002.
22. Можайко В. Н. Договор по советскому гражданскому праву. Общие положения : учеб. пособие / В. Н. Можайко. — М., 1961. — 41 с.
23. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 1 / за ред. С. О. Харитонова, П. Ю. Голубової. — Х. : Одісея, 2008. — 832 с.
24. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-тє вид., переробл. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 1176 с.
25. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — Изд. 3-е, стереотип. — М. : Статут, 2001.
26. Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — 2-е изд. — Т. 23.
27. Груциньський І. Правове регулювання відносин у підприємстві // Право України. — 1998. — № 2. — С. 77.
28. Вердников В. Г. Функция хозяйственного договора // Труды ВЮЗИ. — М., 1971. — Т. 21. — С. 83.
29. Економічна енциклопедія. У 3 т. Т. 1 / Редкол.: ...С. В. Мочерний (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Вид. центр «Академія», 2000. — 864 с.

### Анотація

**Бельо Л. Ю.** Договір: деякі аспекти поняття. — Стаття.

У статті розглянуті та проаналізовані правові аспекти договору, трактування визначення поняття, його правова природа та значення.

**Ключові слова:** договір, цивільно-правовий договір, суспільний договір, типовий договір, домовленість, правочин, мирова угода, правомірний правочин.

### Аннотация

**Белё Л. Ю.** Договор: некоторые аспекты понятия. — Статья.

В статье рассмотрены и проанализированы правовые аспекты договора, трактовка определения понятия, его правовая природа и значение.

**Ключевые слова:** договор, гражданско-правовой договор, общественный договор, типовой договор, соглашение, сделка, мировое соглашение, правомерная сделка.

### Summary

**Belye L. Y.** Agreement: some aspects of concept. — Article.

In the article legal aspects, of an agreement, interpretation of subject definition, its legal nature and meaning are considered and analyzed.

**Keywords:** agreement, civil law full agreement, common agreement, standard agreement, contract, transaction, legitimate transaction.

### ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ

Стаття 1044 ЦК містить широкий перелік підстав припинення договору управління майном. Проте цей перелік не є вичерпним. З іншого боку, і самі положення названої статті потребують уточнення. Крім того, потребує більшої визначеності і правове регулювання наслідків припинення договору управління майном. Відтак проблема припинення договору управління майном має бути визнана актуальною.

Дослідження договору управління майном здійснювались Ю. В. Курпас, Р. А. Майданик та іншими українськими науковцями. Але залишаються недостатньо дослідженими питання припинення договору управління майном, особливо дострокового його припинення.

Метою цієї статті є виявлення юридичних колізій у нормах чинного законодавства, здійснення спроби їх вирішення та розробка рекомендацій щодо вдосконалення регулювання відносин, що виникають у зв'язку з припиненням договору управління майном.

Строк договору управління майном не визначений як істотна умова у ст. 1035 ЦК. Відповідно до ч. 1 ст. 1036 ЦК строк управління майном встановлюється у договорі управління майном, а якщо сторони не визначили строк цього договору, він вважається укладеним на п'ять років.

У науковій літературі зверталася увага на те, що там, де строк договору не визнається істотною умовою, доцільно було б взагалі не встановлювати строк договору, а встановлювати строки виконання відповідних обов'язків, що входять до змісту зобов'язань, які виникли на основі договору [1, 691]. Проте із змісту ч. 1 ст. 1036 ЦК ми бачимо, що тут йдеться про строк управління майном і про строк договору як про ідентичні цивільно-правові явища. На наш погляд, у ч. 1 ст. 1036 ЦК від терміна «строк управління майном» можна відмовитися, бо коли йдеться про строк договору управління майном, розуміється період, впродовж якого мають здійснюватися послуги по управлінню майном. До того ж строк управління майном не може перевищувати строку договору управління майном, тому доцільно встановлювати саме строк договору. Відтак, з метою уникнення невизначеності пропонуємо ч. 1 ст. 1036 ЦК викласти у такій редакції:

«1. Строк договору управління майном встановлюється сторонами. Якщо сторони не визначили строку договору управління майном, він вважається укладеним на п'ять років».

Також можна навести приклади того, коли доцільно використовувати саме термін «строк користування майном». Так, наприклад, у абз. 2 ч. 2 ст. 1039 ЦК, коли передбачається право управителя вимагати розірвання договору та виплати належної йому за договором плати відповідно до строку управління цим майном. Очевидно, що у цьому випадку йдеться про фактичний строк здійснення послуг щодо управління майном.

Стосовно договору управління майном у ч. 1 ст. 1044 ЦК встановлюється перелік підстав його припинення. Зокрема, передбачається, що він припиняється у разі повного завершення виконання сторонами договору управління майном (п. 9 ч. 1 ст. 1044 ЦК), а також у разі дострокового припинення управління майном, якщо це передбачено договором, або за рішенням суду (п. 10 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Але не встановлена така підстава припинення договору, як закінчення строку його дії. Цьому відповідає зміст ч. 2 ст. 1036 ЦК, згідно з якою у разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну договору управління майном після закінчення його строку договір вважається продовженим на той самий строк і на таких самих умовах. Отже, закінчення строку договору управління майном само по собі не припиняє дію цього договору, для цього необхідний юридичний факт — заява однієї із сторін. Серед широкого кола підстав припинення договору управління майном у ч. 1 ст. 1044 ЦК однією із таких підстав визнається припинення договору за заявою однієї із сторін у зв'язку з закінченням його строку (п. 2 ч. 1 ст. 1044 ЦК).

Можливість пролонгації договору управління майном нагадує правові наслідки продовження користування майном після закінчення строку за договором найму, встановлені ст. 764 ЦК, коли за відсутності заперечень наймодавця протягом одного місяця договір вважається поновленим на такий же строк. Але зауважимо, що для продовження договору найму встановлена умова про відсутність заперечень протягом одного місяця після закінчення строку договору (ст. 764 ЦК). А стосовно договору управління майном залишається відкритим питання про те, в який строк та в якій саме формі треба зробити заяву про припинення договору управління майном.

Вирішення цього питання виявляється складним. З одного боку, відповідно до ч. 2 ст. 1044 ЦК при відмові однієї сторони від договору управління майном вона повинна попередити іншу сторону про це за три місяця до припинення договору, якщо договором не встановлений інший строк. Але коли йдеться про заяву сторони у зв'язку з закінченням строку договору, її не можна розглядати як форму відмови від договору, бо відмова від договору не охоплює собою підставу припинення договору, передбачену п. 2 ч. 1 ст. 1044 ЦК. Тому правило ч. 2 ст. 1044 ЦК, яке встановлює обов'язок попередити про відмову від договору за три місяці до припинення договору, у даному випадку застосовувати не можна. З іншого боку, можна було б застосовувати за аналогією правило, яке встановлене ст. 764 ЦК і передбачає, що заява про припинення договору має бути зроблена впродовж одного місяця після закінчення строку договору.

Що стосується форми заяви про припинення договору управління майном, у цивілістичній літературі висловлюється думка про те, що заінтересована сторона повинна направити письмову заяву про припинення договору управління з підтвердженням її отримання другою стороною. При цьому, якщо договір управління майном укладений в нотаріальній формі, заява про його припинення повинна бути нотаріально оформлена [2, 878].

Виходячи з ч. 1 ст. 654 ЦК зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що і договір, що змінюється або розривається, якщо інше

не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту. Але заява про припинення договору не є формою розірвання договору управління майном. Це — лише необхідна умова його припинення. Тому заява про припинення договору у зв'язку із спливом його строку як правочин має бути вчинена в простій письмовій формі, що відповідає вимогам ст. ст. 205–208 ЦК.

Особу групу підстав припинення договору управління майном становлять такі, які не залежать від волі сторін. Зокрема, такою підставою є загибель майна, переданого в управління (п. 1 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Зважаючи на відсутність об'єкта, очевидно, що подальша дія договору стає неможливою, він припиняється.

Законодавець не визначає наслідки втрати управителем володіння майном поза його волею. Якщо інше не встановлено договором, за загальним правилом ст. 323 ЦК, ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) майна несе власник. Власником майна, переданого в управління, залишається установник управління. Але відповідно до ч. 2 ст. 1029 ЦК договір може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно. Враховуючи, що управитель звільняється від відповідальності за збитки, завдані установникові управління внаслідок непереборної сили (ч. 1 ст. 1043 ЦК), ризик знищення майна з цієї причини несе установник управління. Якщо ж причиною знищення майна є випадок у вузькому розумінні цього терміну (ст. 617 ЦК), то із ч. 1 ст. 1043 ЦК випливає, що в такому випадку ризик несе управитель. Проте це не впливає на долю договору при знищенні майна, переданого в управління, і договір з цієї підстави припиняється в будь-якому випадку.

Відмітимо, що стосовно відчуження речі ч. 6 ст. 1032 ЦК встановлює правило, відносно якого у разі переходу права власності на майно, що є предметом договору управління майном, від установника управління до іншої особи, договір не припиняється, окрім випадків, коли право власності на майно переходить в результаті звернення на нього стягнення. Висновком від протилежного виявляється правова норма, згідно з якою у разі звернення стягнення на майно, передане в управління, договір припиняється. У ч. 1 ст. 1040 ЦК вказується на те, що звернення стягнення не допускається, окрім випадків визнання установника управління банкрутом або звернення стягнення за вимогою заставодержателя на майно, що є предметом договору застави. Також у цьому законодавчому положенні встановлено правило, відповідно до якого при визнанні установника управління цим майном банкрутом договір управління майном припиняється та воно включається до ліквідаційної маси, що відповідає п. 8 ч. 1 ст. 1044 ЦК. Але у ч. 1 ст. 1044 ЦК серед підстав припинення договору управління майном не йдеться про припинення договору у зв'язку з зверненням стягнення за вимогою заставодержателя на майно, що є предметом договору застави, що, на перший погляд, також має бути включеним у ч. 1 ст. 1044 ЦК. Аналіз наслідків припинення договору управління пояснює неможливість включення цієї підстави у загальний перелік,

бо відповідно до ч. 3 ст. 1044 ЦК припинення договору управління майном тягне передачу майна установникові.

Серед підстав припинення договору управління майном, що не залежать від волі сторін, також треба виокремити припинення договору управління майном, пов'язане зі смертю управителя або визнанням його недієздатним, обмежено дієздатним або безвісно відсутнім, що робить неможливим подальше виконання договору управління майном.

Треба зауважити, що відповідно до ст. 47 ЦК правові наслідки оголошення особи померлою прирівнюються до правових наслідків, які настають в разі смерті. Тому визнання особи — сторони договору померлою також робить неможливим його участь та припиняє відповідні договірні відносини. Що стосується обов'язку управителя при припиненні договору управління майном передати це майно установнику управління, він має бути виконаний спадкоємцями (попечителем, опікуном) управителя. Окрім обов'язку повернути майно установнику управління, до цих осіб також переходить право на недоотриману плату та право на відшкодування необхідних витрат у зв'язку з управлінням майном.

Також договір управління майном припиняється у разі смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи — вигодонабувача, якщо інше не встановлено договором (п. 3 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Відмітимо, що вигодонабувач не є стороною договору. Це — третя особа, вказана в договорі установником управління, на користь якої поступають вигоди від управління майном. Відмова такої особи від одержання вигоди тягне припинення договору. При цьому наступають такі самі наслідки, як при припиненні договору з будь-яких інших підстав. Тому це ніяк не впливає на право управителя на плату, встановлену договором, а також на відшкодування необхідних затрат, зроблених ним у зв'язку з управлінням майном (ч. 1 ст. 1042 ЦК). Щодо установника управління, окрім повернення йому майна, не виключається також можливість скористатися правом одержання вигоди замість вигодонабувача. У разі необхідності такий договір достатньо лише змінити шляхом вказівки на отримання вигоди іншим вигодонабувачем або управителем.

Важливим є питання припинення договору управління майном, укладеного між органом опіки та управителем відносно майна фізичної особи — підприємця, визнаного безвісно відсутнім, недієздатним чи цивільна дієздатність якого обмежена, або майна, власником якого стала неповнолітня чи малолітня особа. Визначаючи управителя цього майна, орган опіки та піклування укладає з ним договір про управління цим майном та здійснює контроль за його діяльністю (ст. 54 ЦК). При цьому, на нашу думку, вповні логічною є висловлена в науці пропозиція доповнити ст. 1032 ЦК зазначенням на те, що у разі, коли власником майна є малолітня чи неповнолітня особа, установником управління є її батьки (усиновителі) [3].

У ч. 4 ст. 54 ЦК встановлено, що якщо відпали обставини, на підставі яких був укладений договір про управління майном, він припиняється. Таким чином, підставою припинення договору є відпадіння таких обставин, як скасу-

вання рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою, набрання чинності рішенням суду про поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, досягнення новим власником майна вісімнадцятилітнього віку, тобто повної цивільної дієздатності. При цьому є випадки, коли особа набуває повної цивільної дієздатності раніше. Наприклад, у разі реєстрації шлюбу (ч. 2 ст. 34 ЦК) або коли неповнолітня особа записана матір'ю або батьком дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК), а також коли шістнадцятирічна особа працює за трудовим договором або якщо особа, яка досягла шістнадцятирічного віку та бажає займатися підприємницької діяльністю (у разі згоди батьків (усиновителів), піклувальника або органу опіки та піклування), зареєстрована як підприємець (ч. 3 ст. 35 ЦК). У таких випадках фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту відповідного запису органами РАГСу про реєстрацію шлюбу чи народження дитини, також з набранням чинності рішенням органу опіки та піклування чи рішенням суду або з моменту державної реєстрації особи як підприємця. Тобто з цього моменту припиняється договір управління майном таких осіб. Таким чином, серед підстав припинення договору управління майном у ст. 1044 ЦК передбачаються не всі випадки, які також містяться в інших нормах. Між тим відпадиння обставин, на підставі яких договір управління майном був укладений, також має бути включеним у цей перелік.

Подальший аналіз підстав припинення договору управління дозволяє зробити висновок про те, що законодавець також надає право сторонам договору управління майном відмовитися від договору в односторонньому порядку. Зауважимо, що це право закріплено загальною для всіх договорів відсильною нормою. Так, ч. 3 ст. 651 ЦК передбачає розірвання договору у разі односторонньої відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом.

Таким чином, визначити подальшу долю договору управління майном мають право самі сторони. При цьому має застосовуватися правило, встановлене ч. 2 ст. 1044 ЦК, про обов'язок однієї сторони повідомити другу сторону про це за три місяці до припинення договору, якщо договором не встановлений інший строк. Так, договір управління майном може бути припинений відмовою управителя або установника управління від договору управління майном у зв'язку з неможливістю управителя здійснювати управління майном (п. 6 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Моментом припинення договору у даному випадку відповідно до ч. 2 ст. 1044 ЦК слід вважати день після спливу трьох місяців з моменту одержання повідомлення про відмову від договору.

Відмова від договору управління майном можлива за ініціативою установника управління також з іншої причини, ніж вказана у п. 6, але за умови виплати управителеві плати, передбаченої договором (п. 7 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Якщо порівняти п. 6 і п. 7 ч. 1 ст. 1044 ЦК, то помічається, що неможливість здійснення управителем управління майном має бути обумовлена об'єктивними (такими, які управитель не може подолати) причинами (наприклад, відмова у видачі ліцензії на новий строк). Але в науці правильно звертається увага на те, що відносини щодо управління майном ґрунтуються на довірі до особи-

стості управителя, спроможного належно управляти майном. Довіра вважається втраченою у разі вчинення управителем будь-яких дій (юридичних, фактичних, у тому числі аморальних), настання подій, які роблять очевидним невиконання або неналежне виконання договору управління [2, 890]. Це і є підставою для відмови установника управління від договору на підставі п. 7 ст. 1044 ЦК.

Крім відмови від договору, сторони не позбавлені права розірвати договір на інших загальних підставах розірвання цивільно-правових договорів, встановлених ст. 651 ЦК. Наприклад, можливо розірвання договору за домовленістю сторін. В ідеалі будь-які договірні відносини повинні розриватися лише за взаємною згодою сторін, бо така домовленість сторін надає можливість позасудового врегулювання спору та має сприяти зниженню кількості судових спорів.

Договір управління майном може бути розірваним також за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною. Нагадаємо, що істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору (ч. 2 ст. 651 ЦК).

Річ у тому, що управитель є довірчим власником майна, яким він може володіти, користуватися та розпоряджатися відповідно до закону та договору (ч. 5 ст. 1033 ЦК), але має здійснювати діяльність з управління майном не в своїх інтересах, а в інтересах установника та вигодонабувача. Тому у разі недобросовісного виконання ним своїх обов'язків, управитель має право розірвати договір управління майном. Наприклад, якщо управитель відчужує майно чи уклав щодо нього договір застави без згоди установника управління, або якщо управитель не повідомляє осіб, з якими він вчиняє правочини про те, що він не є власником майна.

З боку управителя також можливо пред'явлення вимоги про розірвання договору управління майном. Наприклад, у разі такого істотного порушення договору установником як нездійснення плати та відшкодування необхідних затрат управителю у зв'язку з управлінням майном. Крім того, у законодавстві є прямі вказівки на право управителя вимагати розірвання договору управління майном. Так, якщо установник управління не попередив управителя, а сам управитель не знав і не міг знати про те, що майно, яке передане в управління, є предметом договору застави, управитель має право вимагати розірвання договору та виплати належної йому за договором плати відповідно до строку управління цим майном (ч. 2 ст. 1039 ЦК). У разі розірвання договору за вимогою однієї сторони договір припиняється з моменту набирання чинності відповідним рішенням суду.

Звертаючись до наслідків дострокового припинення договору управління майном, треба зауважити про підвищену відповідальність управителя за договором управління. Так, згідно з ч. 1 ст. 1043 ЦК управитель, який не виявив при управлінні майном належної турботливості про інтереси установника управління або вигодонабувача, зобов'язаний відшкодувати установникові управління завдані збитки, а вигодонабувачеві — упущену вигоду. Винятком є

непереборна сила, а також винні дії установника управління або вигодонабувача. Стаття 617 ЦК серед підстав звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання називає також порушення внаслідок випадку. Але щодо договору управління майном випадок не визнається такою підставою.

З огляду на викладене слід зробити висновок про те, що в порівнянні з іншими цивільно-правовими договорами ст. 1044 ЦК містить достатньо вичерпний перелік підстав припинення договору управління майном, натомість стосовно наслідків припинення договору взагалі відсутня спеціальна норма. Це питання підіймається у ч. 3 ст. 1044 ЦК та лише відносно обов'язку управителя повернути установникові майно, передане в управління. Відтак є потреба в удосконаленні положень цивільного законодавства про припинення договорів управління майном та врегулювання наслідків припинення договірних відносин. Тому необхідні подальші наукові розробки проблеми припинення договору управління майном та його наслідків.

### Література

1. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. В 4 т. Т. 2 / [за ред. В. Г. Ротаня]. К. : Юрид. кн. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. 928 с.
2. Договірне право України. Особлива частина / [за ред. О. В. Дзері]. — К. : Юріком Інтер, 2009. — 1200 с.
3. Курпас Ю. В. Становлення та розвиток інституту управління майном в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ю. В. Курпас ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2004. 17 с.

### Анотація

**Бахрієва З. Р.** Припинення договору управління майном. — Стаття.

У статті досліджуються підстави та наслідки припинення договору управління майном. Пропонуються способи вирішення колізій між нормами чинного законодавства, регулюючими відносини у зв'язку з припиненням договору управління майном.

**Ключові слова:** підстави припинення договору управління майном, розірвання договору управління майном, відмова від договору управління майном.

### Аннотация

**Бахриева З. Р.** Прекращение договора управления имуществом. — Статья.

В статье исследуются основания и последствия прекращения договора управления имуществом. Предлагаются способы решения коллизий между нормами действующего законодательства, регулируемыми отношения в связи с прекращением договора управления имуществом.

**Ключевые слова:** основания прекращения договора управления имуществом, расторжение договора управления имуществом, отказ от договора управления имуществом.

### Summary

**Bakhrieva Z.** Termination of agreement of property management. — Article.

The article investigates the reasons and consequences of termination of property management. The methods of decision of collisions are offered between the norms of current legislation, regulative relation in connection with stopping of agreement of property management.

**Keywords:** reasons of termination of agreement of property management, dissolution an agreement of property management, waiver from an agreement of property management.

### ПОНЯТТЯ ТОВАРНОЇ БІРЖІ ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Приступаючи до визначення поняття товарної біржі, передусім, слід зауважити, що у науковій літературі до останнього часу не вироблено універсального її поняття, придатного для використання у різних галузях знань та цивільного обігу.

Зокрема, досить часто біржу характеризують з точки зору встановлення її економічної сутності. Під таким кутом погляду її вивчають як спеціально організований ринок цінностей, де в якості таких цінностей виступають: товари масового вжитку, цінні папери, валюта, фрахтові документи, комерційні векселі тощо [1]. При цьому наголошується, що особливість зазначеного ринку полягає в тому, що він завжди є оптовим, а предметом торгу виступають цінності, які можна замінити, з певними характеристиками, котрі до того ж відсутні у місті продажу [2]. Часом також уточнюється, що біржа є ринком, котрий функціонує постійно, на якому торгівля здійснюється за зразками. Це пов'язано з тим, що біржа є найбільш розвиненою формою регулярно функціонуючого ринку товарів, які можна замінити, що продаються за зразками, стандартами, а також ринку цінних паперів та іноземної валюти.

Разом із тим, біржу також визначають як організацію, де між учасниками товарного або валютного ринку укладаються при її сприянні певного виду правочини, які відповідають встановленим вимогам. До визначення біржі як організації є, на нашу думку, подібним характеристика її як товариства (спільноти) брокерів, які домовляються продавати торги в певному місці за певними правилами.

Зустрічаються такі визначення біржі, де увага звертається, головним чином, на зовнішні ознаки її діяльності, внаслідок чого біржа визначається як аукціон, де торгівля здійснюється шляхом обміну усними інструкціями між трейдерами (представниками брокерських фірм в торговій зоні біржі [4]). Покупці та продавці мають можливість оперативного вступати у контакт і мінятися ролями, здійснюючи протилежні правочини або підряд декілька правочинів.

Таким чином, можна виділити два основних підходи до визначення біржі: 1) біржа — це певним чином організований ринок (сегмент ринку); 2) біржа — це організація особливого типу та призначення.

На нашу думку, перше з них є ближчим з погляду економічної науки, тоді як друге — ближче до юридичної характеристики цього поняття.

Для того, щоб підтвердити такий висновок, звернемося до тих законодавчих актів, які дають змогу скласти певне уявлення про юридичне розуміння сутності біржі, оскільки дають визначення останньої або вказують на її характерні (правові) ознаки.

Для початку звернемося до законодавства країн, де поняття біржі використовується давно і ґрунтується на певних правових традиціях. Так, згідно з Французьким торговим кодексом 1807 р., товарна біржа є зібранням комерсантів, капітанів кораблів, біржових маклерів та куртьє, яке відбувається під контролем уряду (ст. 71). Практично аналогічне положення було збережене у Комерційному кодексі Франції, який у 2000 році замінив згадуваний Торговий кодекс [5].

Стаття 64 Торгового кодексу Іспанії 1885 р. визначає біржі як публічні заклади, діяльність яких ґрунтується на належним чином отриманому дозволі, де комерсанти та члени колегій торгових посередників збираються з метою укладання і використання торгових операцій, котрі перелічені у даному розділі Кодексу.

У ст. 1 Закону України «Про товарну біржу», який було прийнято 10 грудня 1991 р. [6], вказано, що товарна біржа є організацією, котра об'єднує юридичних та фізичних осіб, які здійснюють виробничу і комерційну діяльність і має метою надання послуг в укладенні біржових угод, виявлення товарних цін, попиту і пропозицій товарів, упорядкування і полегшення товарообігу і пов'язаних з ним торговельних операцій.

Слід зазначити, що в проектах Закону про товарну біржу пропонувалися й дещо інші її визначення. Так, в одному з них підкреслювалося, що товарна біржа — це добровільне об'єднання, яке створює умови для учасників біржового процесу (маклерів, брокерів) з метою придбання або продажу ними товарів, а також здійснення інших торговельних операцій. В іншому проекті зазначалося, що товарна біржа — це добровільне об'єднання на засадах самоврядування, яке надає своїм учасникам можливість самостійно або через біржових посередників набувати або відчужувати товари, а також здійснювати або відчужувати товари, а також здійснювати торговельні й торговельно-посередницькі операції [7].

Схожий підхід до визначення поняття товарної біржі як організації, але із деяким зміщенням акцентів щодо характеристики її юридичної сутності мав місце і в інших колишніх республіках колишнього СРСР.

Так, відповідно до Закону РФ «Про товарні біржі та біржову торгівлю» 1992 р. біржею є організація з правами юридичної особи, що здійснює відкриті публічні торги у наперед визначеному місці у конкретний час і за встановленими правилами.

Попри деякі розбіжності та зміщення акцентів, практично у всіх наведених легальних визначеннях товарної біржі йдеться про те, що вона є організацією, створеною для специфічної діяльності. Разом із тим підкреслюється, що біржа є юридичною особою, діє на підставах самоврядування, виступає як самостійний суб'єкт у майнових, організаційних та інших відносинах.

Оскільки біржа є юридичною особою, виникає питання про те, до якого виду юридичних осіб вона має належати, бо від цього залежить визначення нормативного масиву, встановлення відносин за участю біржі.

Аналіз сутності товарної біржі дає підстави для висновку, що вона не може бути віднесена до господарських товариств, оскільки на відміну від останніх

не може мати метою отримання прибутку. Отже, товарна біржа у відповідності з її нормативним визначенням має оцінюватися як організація, котра разом із тим, не є господарським товариством.

За типом створення такої організації її можна віднести до об'єднання, оскільки поєднуються зусилля суб'єктів права — юридичних та фізичних осіб для досягнення спільної мети. Але при цьому кожен учасник зберігає юридичний статус самостійного суб'єкта права, в якості котрого може виступити поза біржею. Ця організація є некомерційною, оскільки метою діяльності біржі не може бути отримання прибутку. Разом із тим це не означає, що у необхідних випадках норми цивільного законодавства про господарські товариства не можуть бути використані стосовно відносин, пов'язаних із створенням чи функціонуванням товарної біржі, в порядку аналогії закону, про що детальніше мова піде далі.

Як випливає з легального та доктринальних визначень біржі її ознаками є:

- 1) некомерційний характер її як організації, відсутність мети отримання прибутку;
- 2) створення біржі фізичними та юридичними особами, які займаються підприємницькою діяльністю, торгівлею цінними паперами тощо;
- 3) створення біржею умов для вчинення біржових правочинів;
- 4) вчинення таких правочинів у спеціальній формі та за спеціальними правилами;
- 5) регулярність торгів (біржових сесій);
- 6) повна або часткова спеціалізація біржі на операціях з певним товаром, цінними паперами тощо;
- 7) котирування товарів, цінних паперів тощо;
- 8) поєднання в біржі суто цивілістичних та організаційно-управлінських функцій. Перші полягають у забезпеченні сприяння товарообігу, другі — у забезпеченні самоврядування ринкових інституцій.

Слід підкреслити, що, хоча товарна біржа створюється для досягнення багатьох цілей (надання послуг при укладенні біржових правочинів; виявлення товарних цін; з'ясування попиту та пропозиції на товари; вивчення, впорядкування і спрощення товарообігу і пов'язаних з ним торгових операцій), однак при усьому розмаїтті таких «тактичних» цілей для біржі визначальною є «стратегічна» мета — організація та покращення товарного (цивільного) обігу. Іншими словами — організація постачання та збуту між товаровиробниками на основі їх економічних інтересів, які формують попит і пропозиції [4].

Саме у завданнях, які постають перед біржею, а також цілях, для досягнення яких вона створюється, і знаходить відображення обумовленість специфіки її діяльності як організації.

Варто зауважити, що характеристика біржі як організації, яка займається специфічною діяльністю з метою впорядкування та полегшення обігу товарів, а також досягнення деяких інших цілей, недостатня, оскільки в сфері постачання та збуту, торгівлі, посередництва тощо можуть діяти й організації, що не є біржами.

Тому доцільним є порівняння характерних ознак біржі та «біржоподібних» утворень (торгових будинків, ярмарок тощо) з метою розрізнення далі біржі та схожих зовні на неї соціальних утворень.

На відміну від біржі, для «біржоподібних організацій» (квазібіржових організацій) характерними є такі ознаки:

- 1) універсальний характер номенклатури товарів, торгівля «небіржовими» товарами;
- 2) нерегулярність днів і годин торгів;
- 3) відсутність або не значна кількість спеціалізованих секцій;
- 4) нестандартизованість партій товарів;
- 5) відсутність котирування або недосконалість останнього.

Враховуючи наведені вище характерні ознаки біржі, можна також провести її відмежування від окремих видів «квазібіржових» утворень.

Так, від оптових ярмарок біржа відрізняється такими рисами:

- на біржах контингент учасників є більш постійним;
- на біржі немає ні самого товару, ні його зразків. Є тільки відомості про товари;
- розрахунки на біржах відбуваються без використання готівки — платіжними дорученнями, чеками, векселями або шляхом надання еквівалентного товару;
- порядок і форма укладення біржових правочинів суворо визначені;
- момент використання біржових угод не збігається з моментом їх вчинення (укладення). Навіть у правочинів з негайним виконанням воно відбувається через певний строк.

Натомість на ярмарках порядок торгу є іншим, внаслідок чого практично усі названі вище обставини та вимоги не мають правового значення [8].

Від торгового дому, котрий так само, як і біржа, виконує організаційні функції щодо відносин торгівлі, поєднуючи їх з власною торговельно-посередницькою, комісійною тощо діяльністю, біржа відрізняється таким:

- на відміну від справжніх бірж, котрі, як правило, мають певну спеціалізацію, торговий дім займається посередництвом при реалізації різноманітних товарів;
- якщо біржа від свого власного імені не укладає біржові угоди, а лише створює умови для їхнього укладення, то торговий дім сам може виступити посередником, бути стороною договору;
- біржа створюється особами, які потребують її послуг в належній організації торгівлі, тоді як торговий дім може створюватися будь-якими засновниками з метою надання послуг усім, хто бажає користуватися послугами цієї організації;
- біржа є некомерційною організацією, оскільки не займається комерційним посередництвом і не має мети отримання прибутку (ст. 1 Закону про товарну біржу), тоді як торговий дім, як правило, таку мету перед собою ставить;
- біржовий товар на біржі реалізується партіями, а не поштучно. Торговий дім може реалізовувати як партії товарів, так і окремий товар;

— торговий дім, як правило, має яскраво виражену «товарну» спрямованість, у той час як біржі можуть бути не лише товарними, а й фондовими, валютними тощо;

— для товарних бірж є характерною торгівля ф'ючерсами — біржовими контрактами стосовно товару, якого поки ще немає. Натомість, торговий дім виступає посередником при укладенні договорів стосовно реального, вже існуючого товару;

— як впливає із пункту «б» ст. 15 Закону України «Про товарну біржу», товарні біржі в Україні є організаціями закритого типу, оскільки вчиняти правочини на них можуть лише члени біржі (самостійного або через представників). Торговий дім, натомість, у більшості випадків є організацією відкритого типу і будь-який підприємець, котрий має відповідний товар, може укласти за допомогою торгового дому необхідний договір.

Серед основних ознак біржових інститутів як особливої форми оптового ринку виділяють:

— здійснення торгівлі товарами, які замінюються за стандартами і зразками, що дає можливість в момент купівлі продажу реалізовувати не сам товар, а контракт на його поставку;

— регулярність торгів і ведення їх на основі чітко встановлених правил;

— формування цін на основі співвідношення попиту і пропозиції;

— свобода для продавців і покупців у виборі контрагента по угоді;

— стандартизація контрактів, розмірів мінімальних партій, лотів, обсягів поставок.

З урахуванням названих та інших особливостей біржі та відмінностей її від квазібіржових закладів (утворень) можна погодитися з думкою, що під біржею у юридичному значенні слід розуміти організацію, котра має ознаки, встановлені у законодавстві, в якій вчиняються за її сприяння певного виду правочини (біржові правочини) між учасниками товарного, валютного та інших видів ринку [9].

Крім цих ознак, специфіка біржі виявляється також у її функціональній природі. Серед функцій, що їх виконує біржа, слід назвати функцію організації біржових торгів, функцію розробки біржових контрактів, функцію біржового арбітражу, функцію формування реальних, середніх цін на товари тощо.

Оскільки відповідно до частини другої ст. 1 Закону «Про товарну біржу» (зі змінами, внесеними згідно із Законом № 2921-III від 10 січня 2002 р.) товарна біржа є юридичною особою, виникає питання: до якого виду юридичних осіб вона може бути віднесена. Його з'ясування має практичне значення з погляду визначення додаткового масиву законодавчих актів, які мають бути враховані при визначенні її статусу та характеру діяльності.

Сутність біржі та законодавства про біржу дозволяє зробити висновок, що вона не може бути віднесена ні до господарських товариств, ні до установ. Це зумовлено тим, що відповідно до частини третьої ст. 1 Закону «Про товарну біржу» товарна біржа не займається комерційним посередництвом і не має на меті одержання прибутку, що є ознакою господарських товариств і підприємницької діяльності взагалі.

Для того щоб більш повно охарактеризувати товарну біржу як організацію зі специфічними властивостями, необхідно також враховувати особливості її структури.

Відповідно до ст. 12 Закону про товарну біржу — «Організаційна структура товарної біржі» — для управління товарною біржею та забезпечення її функцій на біржі створюються виконавча дирекція та спеціальні підрозділи: розрахункова палата, біржовий арбітраж, котирувальна комісія та інші підрозділи і допоміжні служби, необхідні для її діяльності. Підрозділи біржі діють на основі положень, що затверджуються загальними зборами членів товарної біржі або уповноваженим ними органом.

Аналіз цієї норми, а також інших положень Закону про товарну біржу дозволяє зробити висновок, що організаційно товарна біржа є досить складним з організаційної точки зору соціальним утворенням, яке функціонує за допомогою таких груп органів та підрозділів:

1) органи управління і контролю (загальні збори, біржовий комітет, виконавча дирекція, ревізійна комісія), котрі забезпечують управління біржею, реалізацію її цивільної та іншої правоздатності;

2) структурні підрозділи біржі, які не мають прав юридичної особи, але є її важливими частинами, спеціальні підрозділи і допоміжні служби, які забезпечують функціонування біржі та її життєдіяльність.

При цьому, із врахуванням положень ст. 12 Закону про товарну біржу, поміж зазначених підрозділів та служб варто розрізняти два їхні види: обов'язкові і факультативні.

До обов'язкових належать ті, що прямо вказані у згаданій нормі Закону про товарну біржу і створення яких тому є обов'язковим для кожної біржі. Це — розрахункова палата, біржовий арбітраж, котирувальна комісія.

До факультативних підрозділів і служб належать: інформаційно-довідковий відділ, експертне бюро, аналітичний відділ, відділ реклами тощо.

Однак зазначені відмінності не впливають суттєво на правове становище згаданих підрозділів та служб. З юридичної точки зору усі вони є складовими частинами (елементами) товарної біржі як юридичної особи, що забезпечують її функціонування, однак самостійними суб'єктами цивільних відносин не є і у цивільному обігу від власного імені не виступають.

Особливе місце на біржі займають брокери, що пов'язано з тим, що відповідно до частини четвертої ст. 15 Закону про товарну біржу біржові операції (біржові угоди) дозволяється здійснювати тільки членам біржі або брокерам.

Слід відзначити, що поняття «брокерська контора» і «член біржі» знаходяться у тісному взаємозв'язку: або брокерська контора створюється членом біржі, або вона сама стає членом біржі, без того не має права укладати біржові угоди.

Брокерська контора може мати права юридичної особи, існувати у різноманітних організаційно-правових формах. Але вона також може бути структурним підрозділом організації — члена біржі і користуватися при проведенні біржових операцій його рахунком та юридичною адресою.

Варто зазначити, що навіть у випадках, коли організація є членом біржі, провадити біржові операції можуть не будь-які працівники, а лише брокери.

Згідно зі ст. 16 Закону про товарну біржу біржові брокери є фізичними особами, зареєстрованими на біржі відповідно до її статуту, обов'язки яких полягають у виконанні доручень членів біржі, яких вони представляють, щодо здійснення біржових операцій шляхом підшукування контрактів, і поданні здійснюваних ними операцій для реєстрації на біржі. Кількість брокерів кожної товарної біржі визначається біржовим комітетом (радою біржі).

Стосунки брокера з брокерською конторою (членом біржі) звичайно ґрунтуються на строковому контракті, хоча іноді можуть застосовуватися й цивільно-правові договори (підряду, доручення тощо).

Для того, щоб більш точно охарактеризувати юридичну особливість товарної біржі, на нашу думку, є виправданим розгляд питання про те, до якого типу організацій вона належить. Вона не може бути ні установою, ні господарським товариством, ні підприємством. Можна лише констатувати, що товарна біржа є організацією, яка до того ж має бути створена кількома особами.

### Література

1. Журавлева Н. А. Развитие акционерно-коммерческой деятельности в СССР / Н. А. Журавлева, С. Н. Никитин. — Ленинград : Изд-во Ленингр. фин.-экон. ин-та, 1991. — С. 35.
2. Авилына И. В. Биржи: правовые основы организации и деятельности / И. В. Авилына, О. М. Козырь. — М. : Экономика и право, 1991. — С. 5.
3. Милуков Ю. Биржа: что это такое и зачем она // Хозяйство и право. — 1991. — № 4. — С. 117.
4. Пушкин А. Товарная биржа. Что это такое? / А. Пушкин, А. Пушкина, И. Садиков // Хозяйство и право. — 1990. — № 12. — С. 90.
5. Коммерческий кодекс Франции / [предисл., пер. с фр., доп., слов.-справ. и коммент. В. П. Захватаева]. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 1272 с.
6. Про товарну біржу : Закон України від 10 груд. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 10. Ст. 138.
7. Биржевые новости. — 1991. — № 5. — С. 1–3.
8. Першпечевич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2 / Г. Ф. Першпечевич. — М. : Статус, 2003. — С. 439–450.
9. Харитонов О. І. Організаційно-правові питання управління економікою і роль товарних бірж в умовах формування ринкових відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / О. І. Харитонova. — О., 1995. — С. 15.

### Анотація

*Деревнин В. С.* Поняття товарної біржі за чинним законодавством України. — Стаття.

Біржа є найбільш розвинутою формою регулярно функціонуючого ринку товарів, які можна замінити, що продаються за зразками, стандартами, а також ринку цінних паперів та іноземної валюти, як спеціально організований ринок цінностей, де в якості таких цінностей виступають товари масового вжитку, цінні папери, валюта, фрахтові документи, комерційні векселі тощо.

*Ключові слова:* товарна біржа, функції, специфіка, організація.

### Аннотация

*Деревнин В. С.* Понятие товарной биржи по действующему законодательству Украины. — Статья.

Биржа является наиболее развитой формой регулярного функционирования рынков товаров, которые можно заменить, которые продаются по образцам, стандартам, а также рынка ценных

бумаг и иностранной валюты как специально организованный рынок ценностей, где в качестве ценностей выступают товары массового употребления, ценные бумаги, валюта, фрахтовые документы, коммерческие векселя и т.д.

*Ключевые слова:* товарная биржа, функции, специфика, организация.

### Summary

*Derevnia V. S.* The Notion of Commodity Exchange according to the nowadays law system of Ukraine. Article.

The Exchange is one of the most developed form in the market of goods, which can be altered, or sold by the patterns and standarts. Ofcourse, the exchange could be also a market of saleable securities and foreign currency, which is formed as a particular market values such as: goods of common rise, saleable securities, currency, freight documents, commercial fills and etc.

*Keywords:* Commodity Exchange, functions, speciality, organization.

УДК 342.95

*Л. М. Долгополова*

### ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТОРГІВ

З поступовим розвитком ринкових відносин знову стали затребувані забуті, але з успіхом застосовувані раніше правові форми організації економічних відносин. Так останніми роками в нашій країні проводиться велика кількість аукціонів і конкурсів у найрізноманітніших сферах. Причини такого широкого застосування даного способу укладання цивільно-правових договорів криються у прагненні знайти найбільш вигідного контрагента за договором, що укладається, і тим самим із більшим ступенем вірогідності задовольнити свої інтереси.

Найбільше випадків проведення торгів — реалізація арештованого майна в процесі виконавчого провадження, продаж державного майна в ході приватизації, антикваріату та інших цінностей, проведення конкурсів, пов'язаних із реалізацією державних контрактів на постачання товарів, надання послуг і виконання підрядних робіт для державних потреб, реалізація майна в ході процедури банкрутства тощо. Залучаючи до участі в торгах велику кількість учасників, підвищуючи конкуренцію, організатор торгів збільшує свої шанси продати продукцію за максимально вигідними умовами і уникнути корупції за рахунок «прозорості», контрольованості процедури при укладенні договору. Тому торги — визнаний і, як правило, обов'язковий спосіб витрачання державних коштів у переважній більшості цивілізованих країн світу. Відповідний підхід до укладання договору слідує з самої суті ринкового механізму, рушійною силою розвитку якого є конкуренція, що досягається шляхом залучення потенційних претендентів на укладання договору і забезпечення необхідних умов для їх рівноправної та ефективної участі в цьому змаганні. Даний процес зводиться до методів і прийомів, використовуваних для охорони вільної конкуренції. Найбільш характерними з них є:

1. Забезпечення державою на всіх стадіях торгу (включаючи підготовчу) дотримання встановлених принципів їх проведення.

2. Заходи цивільної відповідальності за порушення правил проведення торгу.

Таким чином, у загальному вигляді мета проведення торгів виглядає так: за рахунок залучення великої кількості можливих контрагентів різко підвищується конкуренція і з'являється можливість укласти договір на найбільш прийнятних умовах.

Перш ніж звернутися до визначення категорії торгу, зауважимо, що етимологічно термін «торги» розуміється як особлива форма відчуження майна, що передбачає змагальний порядок реалізації предмета торгу особі, яка запропонує вигідніші умови. Вважаємо, що торги, передусім, слід розглядати як спосіб укладення договору. Зазначимо, що Цивільний кодекс Російської Федерації передбачає можливість укладення договору шляхом проведення торгів, тобто торги як особливий спосіб укладення договору визначені на рівні кодифікованого акта. На жаль, ЦК України не містить подібних положень, так ч. 4 ст. 656 ЦКУ лише встановлює можливість розповсюдження положень про купівлю-продаж до договорів, що укладаються на біржах, конкурсах, аукціонах (публічних торгах). На нашу думку, визнання торгів особливим способом укладення договору, найбільш чітко характеризуватиме процес їх проведення, і матиме особливе значення для пояснення сутності стадій торгів при укладенні договору за їх результатами.

Більшість вчених-цивілістів (як дореволюційних, так і сучасних) схилилися до думки, що за своєю сутністю проведення торгу є укладенням договору на принципах змагальності.

Д. Д. Гримм визначав торги як «особливу форму укладення договору, сутність якої полягає в тому, що одна сторона пропонує укласти правочин з тим, хто запропонує найбільш вигідні умови, наприклад, готовий заплатити найбільшу ціну або виконати підряд дешевше за інших» [1, 431].

К. П. Победоносцев бачив сутність торгу в утриманні рішучої волі: «Сама сутність публічного торгу полягає в цьому утриманні. Так від посадової або від приватної особи робиться публічна пропозиція укласти договір про відомий предмет з тим, хто запропонує більше (продаж) або візьме менше (торги на виконання робіт, поставки тощо). Таким чином, особа що пропонує укласти договір, зобов'язується не перед конкретною особою, а перед тим, хто дасть більше або візьме менше» [2, 231].

М. І. Брагинський зазначав, що «в основі уявлень про торг як особливу правову конструкцію полягає ідея змагальності... Змагальність спрямована на досягнення результату, причому оптимального. Відповідно і переможцем визнається той, хто представляє кращий за інших учасників торгу результат».

Деякі автори підкреслювали процедурний аспект торгу. Так А. Х. Гольмстен розглядав проведення торгів як «обмін думками в чотири етапи, що завершується укладенням договору» [6, 931]. У якості чотирьох актів автор вказував визначення організатором ціни речей (формулювання пропозиції), надання особами, що беруть участь у торгах, кращої пропозиції, визначення пе-

реможця (вираження волі у сенсі прийняття пропозиції) і прийняття пропозиції особою, що зробила пропозицію. Відповідну точку зору підтримував і Г. Дербург, який зазначав, що «в самому факті публічного торгу висловлюється лише загальна пропозиція укласти правочин» [5, 471].

З наведеного можна зробити висновок, що більшість вчених, які досліджували юридичну природу торгу, підкреслювали насамперед його цільове призначення — спрямованість на укладення договору.

Проте не всі зупинялися тільки на сутнісних ознаках чи коментуванні самої процедури торгу. Деякі вчені-цивілісти намагалися визначити юридичну природу вказаної категорії. Адже, як слушно зазначав С. А. Алексеев, визначення правової природи того чи іншого явища, яке має місце в державно-правовій дійсності, — основне завдання вченого. Так подібно лікарю, який здатен зрозуміти особливості функціонування органу, тільки проаналізувавши його будову, вчений-правник визначає правову природу явища, місце в системі права, що згодом надає можливість кваліфікувати відповідне правовідношення і юридичні наслідки його розвитку.

Сучасна цивілістична література відзначається розмаїттям поглядів на юридичну природу торгу. Усі точки зору умовно можливо розділити на три підгрупи.

1. Першу з них складатимуть погляди науковців, які заперечують договірну природу торгу. До неї слід віднести трактування торгів як сукупності односторонніх правочинів.

2. Другу утворюватимуть позиції вчених, які розглядають сам процес торгу як особливий вид непоіменованих договорів, обґрунтовують наявність складної конструкції — укладення договору через договір.

3. Третю позицію займають вчені, які розглядають торги з точки зору юридичного складу, що містить такі елементи: безпосередньо торг, як заснований на принципі змагальності вибір контрагента за договором і сам договір, укладений за результатом торгу.

На нашу думку, більш слушною є остання з позицій. Дійсно, зобов'язання учасників торгів виникають із юридичного складу, що складається з двох юридичних фактів: проведення торгів і договору. Це означає, що для виникнення правовідносин між учасниками і організатором торгів необхідна наявність сукупності фактів, що мають юридичне значення. Останнє слідує з того, що наявність фактів, які входять до юридичного складу, тягне «відомі, хоча і незакінчені правові наслідки», тобто наявність факту юридичного складу, що є передумовою виникнення прав та обов'язків суб'єктів. Стосовно інших наукових позицій, зазначимо, що торги не можна визнавати одностороннім правочином чи сукупністю взаємно спрямованих односторонніх правочинів, адже для проведення торгів недостатньо волевиявлення тільки однієї особи — організатора торгів, необхідна наявність узгодженої волі, як організатора, так і учасників торгів. Разом з тим, незважаючи на наявність взаємоузгодженої волі учасників торгів, саму процедуру їх проведення не можна відносити і до договорів. Відповідний висновок можна зробити на підставі наступних аргументів: на відміну від односторонніх правочинів і договорів, які є одноактовими дія-

ми, торги характеризуються тривалістю відносин, що складаються з декількох стадій, здійснення яких є протяжним у часі. Проведення торгів не може бути віднесено до договорів, адже неможливо визначити момент укладення такого договору. Крім того, всі дії, які складають процедуру торгу як такі, не містять договірної природи, тобто оголошення про проведення торгів, подача заявок учасниками торгу, внесення завдатку, безпосередньо торг, як дії ліцитатора по виявленню майбутньої сторони за договором, у сукупності спрямовані на досягнення єдиної мети — укладення договору за результатами цієї процедури. Підтвердженням наведеного може слугувати приклад, коли в результаті проведення всіх наведених підготовчих дій договір все ж таки не укладений. Наприклад, через відсутність необхідної квоти учасників торгу або якщо жоден з учасників не запропонував більшої ціни, ніж та, що була оголошена ліцитатором. За таких умов очевидно є відсутність необхідної ознаки договору — спрямованість на виникнення, зміну чи припинення правовідносин, адже у разі відсутності укладення договору за результатами торгів немає ніяких правових наслідків, які б породжували, змінювали або припиняли юридичні права або обов'язки учасників торгу. Таким чином, віднесення торгів до договорів безпідставно ускладнить процедуру їх проведення, тим більш що остання характеризується специфічними особливостями на кожній стадії. Отже, на нашу думку, торги необхідно розглядати з точки зору юридичного складу, який передбачає наявність двох юридичних фактів.

1. Перший юридичний факт — проведення торгів (процедура торгу) — безпосередньо спрямований на досягнення кінцевої мети проведення торгів — укладення цивільно-правового договору.

2. Другий юридичний факт — безпосередньо договір, що укладається за результатами торгів і має всі ознаки, притаманні цивільно-правовим договорам. Шляхом проведення торгів може бути укладено будь-який договір, якщо відповідний порядок не суперечить його змістові. Наприклад, не може бути укладений таким способом договір дарування адже хоча він і спрямований на безповоротне припинення права власності в однієї особи і виникнення права власності в іншій, дарувальник не набуває права вимагати від обдаровуваної особи виконання будь-яких зустрічних дій на власну користь, тобто діє без одержання майнової взаємності. Зрозуміло, що така природа договору суперечить основним принципам та меті проведення торгів — отримання прибутку. Зупинимось детальніше на першому з наведених юридичних фактів — процедурі торгу. Структурно вона складається з двох елементів: 1) повідомлення про проведення торгів і 2) фіксації результатів торгів. Опускаючи інші елементи наведеної стадії, зупинимось тільки на двох, адже вважаємо, що стислий аналіз їх юридичної природи дозволить у кінцевому підсумку сформулювати остаточне визначення торгів.

Повідомлення про проведення торгів є підставою виникнення обов'язків організатора торгів провести торги (тобто вчинити всі необхідні дії для виявлення переможця) і виявити переможця. За своєю юридичною природою такий вид відносин буде мати організаційний характер, адже дії учасників торгів

спрямовані на організацію і упорядкування відносин на стадії укладення договору. Відповідно до запропонованої О. О. Красавчиковим класифікації організаційно-правових відносин зазначені можна віднести до організаційно-передумовних, в результаті реалізації таких відносин відбувається становлення і наступний розвиток майнових відносин [3, 31].

Відповідний елемент торгів породжує в учасників торгів право на подання заявок на участь у торгах і відповідно наступне внесення завдатка, який забезпечує зобов'язання учасників торгів на укладення договору. Необхідно зазначити, що внесення завдатка не впливає на організаційний характер правовідносин, адже ним забезпечуються зобов'язання, що виникають внаслідок фіксації результатів торгів.

Другий елемент в структурі процедури торгу — фіксація результатів торгів — породжує обов'язки організатора і учасника торгів, якого буде оголошено переможцем, оформити протокол про результати торгів і укласти договір. Відповідний вид правовідносин буде мати майновий характер, оскільки забезпечений завдатком.

Виходячи з вищевикладеного, торги є підставою виникнення правовідносин між організатором і учасниками торгів, що характеризуються такими рисами.

По-перше, вони є різновидом правостановлюючих юридичних фактів. При чому правовідносини, які виникають в процесі організації і проведення торгів, є цивільно-правовими, адже учасники знаходяться у стані юридичної рівності, неспідпорядкованості, діють за власною волею (виключенням є випадки, передбачені у законі).

По-друге, відповідні цивільно-правові відносини за своїм змістом є як майновими, так і організаційно-правовими.

По-третє, на підставі проведення торгів виникають відносні цивільні правовідносини, адже конкретному уповноваженому суб'єктові (учасник торгів) протистоїть конкретний зобов'язаний суб'єкт (організатор торгів). Причому задоволення інтересів учасника торгів відбувається перш за все за рахунок дій організатора.

Звідси в процесі організації і проведення торгів виникають цивільні відносні правовідносини, що характеризуються множинністю осіб на боці суб'єктів, що беруть участь в торгах.

Таким чином, проведення торгів є відповідним видом юридичних фактів, що структурно складається з двох елементів, які є підставою виникнення правовідносин.

Підсумовуючи, можна зробити деякі висновки. При укладенні договору на торгах має місце юридичний склад, що складається з двох юридичних фактів: процедури торгу і договору, який укладається за результатами торгу. При цьому торги є одним з видів юридичних фактів.

Наведене знаходить підтримку сучасних дослідників. Так В. А. Белов зазначає: «Торги представляють собою сукупність юридичних фактів, які зумовлюють процес вибору організатором торгів (одним із контрагентів майбутнього

договору) іншого контрагента, участь якого в договорі найкраще відповідала б інтересам організатора». В цілому із запропонованим визначенням торгів можна погодитися, але з низкою уточнень [4, 531].

По-перше, процес вибору організатором майбутнього контрагента за договором полягає у визначенні процедури подачі заявок і критеріїв вибору переможця торгів.

По-друге, організатор торгів вибирає не просто іншого контрагента, але особу, яка з точки зору інтересів організатора запропонує найбільш оптимальні умови майбутнього договору.

По-третє, у процесі проведення торгів дії організатора зводяться не тільки до вибору найвигіднішого для себе контрагента за договором, але і включають дії з формування умов майбутнього договору й укладання договору з особою, яка буде визнана переможцем.

По-четверте, торги не можна розглядати лише з точки зору поведінки організатора, оскільки в процесі їх проведення учасники торгів здійснюють ряд дій, спрямованих на укладання договору за наслідками торгів, а саме: вносять заявки і завдаток або інше забезпечення, роблять пропозиції за умовами майбутнього договору і здійснюють дії з оформлення договірних відносин.

По-п'яте, кінцевою метою проведення торгів є укладання договору з особою, визнаною переможцем, тому всі дії, здійснювані як організатором, так і учасниками, спрямовані на укладання договору.

Таким чином, торги можна визначити як спосіб укладення договору, за яким організатор заздалегідь визначає низку істотних умов майбутнього договору, виключаючи при цьому його ціну, що забезпечує можливість укладення такого договору на найбільш вигідних для організатора торгів умовах.

Отже, торги як спосіб укладення договору володіють певною специфікою, яка виявляється у конкурентному способі його укладення. Найбільш специфічні особливості торгів виявляються в їх видах. В цьому світлі значний інтерес викликає побудова їх класифікації, що дозволить вирішити широкий круг завдань: від скорочення опису сукупності явищ (у даному випадку — торгів), що досліджуються, до виявлення взаємозв'язків між ними.

### Література

1. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой / отв. ред. О. И. Садиков. — М. : Юриформцентр, 1996.
2. Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств / Б. М. Гонгало. — М. : Спарк, 1999.
3. Гражданское право : учебник. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — 6-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2002.
4. Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 1998.
5. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. — 1966. — № 10.
6. Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія / С. М. Бервено. — К. : Юрінком Інтер, 2006.

### Анотація

*Долгополова Л. М.* Юридична природа торгів. — Стаття.

Проведення торгів є складним багатостадійним процесом, учасниками якого є особи, що мають значні економічні інтереси. В статті аналізується правова природа торгів. Висновки автора можуть бути використані у правозастосовчій практиці.

*Ключові слова:* торги, аукціон, конкурс, організатор торгів.

### Аннотация

*Долгополова Л. Н.* Правовая природа торгов. — Статья.

Проведение торгов — сложный многостадийный процесс, участниками которого являются лица, имеющие значительные экономические интересы. В статье анализируется правовая природа торгов. Выводы автора могут быть использованы в правоприменительной практике.

*Ключевые слова:* торги, аукцион, конкурс, организатор торгов.

### Summary

*Dolgoplova L. M.* Legal nature of auctions. — Article.

Bidding is a complex process, which includes subjects with significant economic interests. The article examines issues related to the definition of civil liability for violation of the rules of bidding. The conclusions of the author may be used in law enforcement.

*Keywords:* auction, the deposit, application, auction, contest, organizer of the sale.

УДК 347.440.6

*К. Г. Книгін*

## СУБ'ЄКТИ ДОГОВОРУ НАДАННЯ ПРАВОВИХ ПОСЛУГ АДВОКАТОМ

Із розвитком ринкових відносин та демократизацією українського суспільства послуги юриста стають все необхіднішими. Закономірною реакцією на таку потребу стало різке збільшення кількості суб'єктів надання правових послуг адвокатом.

Сьогодні цивільне законодавство України хоча і містить ряд загальних норм щодо суб'єктного складу договорів про надання послуг, однак в чинних правових актах немає чіткої відповіді на запитання, хто може бути стороною договору надання правових послуг адвокатом, тому, відповідно, вказане питання є актуальним й потребує детального вивчення.

Наукова новизна роботи полягає в недостатньому рівні наукових досліджень з питань, пов'язаних з регулюванням договірних відносин щодо надання правових послуг адвокатом та суб'єктним складом цих відносин.

Теоретичну основу дослідження склали праці таких вчених-цивілістів, як І. Бардіна, І. Бейцуна, І. Карпова, В. Малиновської, Я. Мاستинського, І. Павлуника, З. Ромовської, С. Тенькова.

Метою дослідження є комплексна характеристика суб'єктів договору про надання правових послуг адвокатом в чинному законодавстві України та тео-

ретичний аналіз сучасних підходів щодо вдосконалення нормативно-правової бази з досліджуваного питання.

Відповідно до Закону України «Про адвокатуру» договір про надання правової допомоги характеризується особливим суб'єктним складом його учасників. Сторонами в договорі про надання правової допомоги є адвокат (або адвокатське об'єднання) та клієнт (або його представник).

Останнім часом широко обговорювались як юристами, так і політиками, а також ставали предметом розгляду Верховної Ради України правові вимоги до кандидата в адвокати. Відповідно ст. 2 Закону України «Про адвокатуру», в редакції від 19 грудня 1992 року, адвокатом міг бути громадянин України, який мав вищу юридичну освіту, стаж роботи за спеціальністю юриста або помічника адвоката не менше двох років, склав кваліфікаційні іспити, одержав свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю та прийняв присягу адвоката України.

Законодавець фактично забороняв іноземцям-адвокатам займатись адвокатською діяльністю в Україні, що неодноразово піддавалось критиці і науковцями, і практикуючими юристами.

Відзначимо, що у зверненні до Конституційного Суду України громадянин США О. Л. Глотов просив визнати неконституційними положення Закону України «Про адвокатуру», якими, на його думку, іноземцям заборонено займатись адвокатською діяльністю в Україні. Конституційний Суд України відмовив у відкритті конституційного провадження, вказавши у мотивувальній частині, що іноземці не можуть призначатися на окремі посади або займатися певною трудовою діяльністю, якщо відповідно до законодавства України призначення на ці посади або заняття такою діяльністю пов'язано з належністю до громадянства України [6].

Натомість в узагальненнях практики застосування органами досудового слідства, районними судами м. Києва та апеляційним судом м. Києва законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному та засудженому право на захист, Судова палата в кримінальних справах апеляційного суду м. Києва висловила позицію, вказавши, що заборона адвокатам іноземних держав брати участь у справі обмежує право особи на захист [7].

Зокрема, подібну позицію висловлювала і З. Ромовська, зазначаючи, що, «відповідно до статті 26 Конституції України, на іноземців поширюється статус громадянина України, крім випадків, передбачених Конституцією, законами або міжнародними договорами. Конституція не забороняє іноземцям бути адвокатами в Україні. Не можна вважати винятком із загального правила і норму ст. 2 Закону «Про адвокатуру», адже виключність правового статусу громадянина України має бути сформульовано за допомогою слова «лише» або прямою заборonoю. Отже, відсутність такого застереження засвідчує існування загального правила, якщо в законі йдеться про громадян України, то його норми поширюються на усіх, хто живе на її території» [17, 57].

16 листопада 2006 року Верховною Радою України було внесено зміни до Закону України «Про адвокатуру», згідно з якими адвокатом може бути особа (як

громадянин України, так й іноземець чи особа без громадянства. — *К.К.*), яка має вищу юридичну освіту, підтверджену дипломом, стаж роботи у галузі права не менше двох років, володіє державною мовою, склала кваліфікаційні іспити, одержала в Україні відповідне свідоцтво та прийняла присягу адвоката України.

Дещо по-іншому пропонується врегулювати це питання в проектах нової редакції Закону України «Про адвокатуру» № 3061, № 3061-1, № 5187, № 7051. Зокрема, пропонується дозволити адвокатам іноземної держави надавати правову допомогу на території України, але виключно з питань права даної держави. Відповідно до законодавства Бельгії дозволено надавати правові послуги іноземним адвокатам, що отримали дозвіл на заняття адвокатською діяльністю в одній із держав — членів ЄС. Однак виступати перед бельгійським судом такі адвокати повинні разом із бельгійським адвокатом. Діяльність іноземних адвокатів із держав, що входять до ЄС, обмежується тільки консультаціями з питань іноземного права [14, 23].

Стороною, що одержує правову допомогу, відповідно до Закону України «Про адвокатуру», можуть бути громадяни та юридичні особи. В Цивільному кодексі визначено, що учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи. Учасниками цивільних відносин є також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права (ст. 2 ЦК).

Для того щоб договір був визнаний дійсним, всі сторони договору повинні бути правоздатними та дієздатними.

Фізична особа, що має повну цивільну дієздатність, може бути суб'єктом договору про надання правових послуг як замовником, так і виконавцем. Особа, яка не досягла чотирнадцяти років, може самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини. Безумовно, меті задоволення побутових потреб договір про надання правових послуг адвокатом не відповідає. До послуг юриста особа вдається, як правило, лише при необхідності (при порушенні чи при загрозі порушення їх прав тощо).

Отже немає підстав відносити договір про надання правових послуг адвокатом до категорії дрібних побутових правочинів, і тому малолітня фізична особа не може бути стороною такого правочину. Що стосується фізичної особи з неповною дієздатністю у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років та особи з обмеженою дієздатністю, то першій потрібна для укладення досліджуваних договорів згода батьків або піклувальників (ч. 2 ст. 32 ЦК України), а другій — згода піклувальника (ст. 37 ЦК).

Щодо юридичної особи як учасника цивільних правовідносин, то нею є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ст. 80 ЦК України). Відповідно до ст. 83 Цивільного кодексу України, юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та інших формах, встановлених законом. Для юридичних осіб презюмується можливість заняття будь-якою діяльністю, яка не заборонена законом (універсальна правоздатність), що, в свою чергу, свідчить про відсутність в законі обмежень для юридичних осіб бути стороною досліджуваного договору.

Слід зазначити, що окремим є питання щодо можливості виступати суб'єктом надання правових послуг адвокатом об'єднанням юридичних осіб. Правовий статус об'єднань підприємств частково врегульовано в Господарському кодексі України, відповідно до ст. 118 якого об'єднання підприємств є юридичною особою. Серед вчених існує думка, що об'єднанням слід вважати не сукупність підприємств, а організацію, створену ними на засадах членства, яка не має по відношенню до них (підприємств) владних повноважень. Така організація могла б здійснювати координацію діяльності підприємств та представництво і захист спільних інтересів, але не займатися самостійною підприємницькою діяльністю [13, 46]. Не вдаючись у дослідження можливості об'єднанням юридичних осіб самостійно займатись підприємницькою діяльністю, слід сказати, що закон не містить обмежень для об'єднань юридичних осіб щодо надання правових послуг адвокатом членам такого об'єднання, тобто в межах їх координаційної та представницької функції.

В практичній діяльності замовник правової допомоги називається клієнтом. Термін «клієнт» застосовується також в Правилах адвокатської етики, за якими клієнтом є особа, права і свободи якої адвокат захищає, або чий законні інтереси він представляє, або котрій він безпосередньо надає правову допомогу в інших формах, передбачених чинним законодавством. Подібне визначення міститься і в проектах нової редакції Закону України «Про адвокатуру» № 3061-1 [8] та № 7051-1 [9]. Натомість, в законопроекті № 3061 [10] використовується термін «довіритель», а в законопроекті № 7051 [11] — термін «суб'єкт правової допомоги».

На нашу думку, слід погодитись із позицією, яка висловлювалась в юридичній літературі про те, що термін «клієнт», що вийшов з римського права, є найбільш відповідним в силу своєї універсальності і широкого використання в законах і практиці великої кількості різних країн» [12, 4].

Відповідно до ст. 28 Правил адвокатської етики, за бажанням клієнт або його представник може укласти договір про надання правової допомоги з декількома адвокатами. В цьому випадку договором можуть бути визначені засади розподілу обов'язків та повноважень адвокатів, що сумісно надаватимуть послуги, а також їх відповідальності перед клієнтом. Проте відповідно до ч. 2 вказаної статті Правил забороняється спонукати клієнта до укладення договору з декількома адвокатами (що тягне збільшення суми гонорару), якщо причина неможливості виконання доручення одним з них самостійно полягає в його некомпетентності.

Отже, через професійний характер адвокатської діяльності та її конституційне значення до адвоката як сторони договору про надання правової допомоги пред'являються особливі підвищені вимоги.

Окрім індивідуальної роботи, адвокат має право здійснювати свою діяльність, відкривши адвокатське бюро, об'єднуватися з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори та інші адвокатські об'єднання, які діють відповідно до Закону України «Про адвокатуру» та статутів адвокатських об'єднань.

Відповідно до чинного законодавства, адвокатське бюро є юридичною особою і складається із одного адвоката. Стороною договору про надання правових послуг є не адвокат, а адвокатське бюро як юридична особа. Слід зазначити, що відповідно до ст. 4 Закону України «Про адвокатуру», адвокатське бюро не є адвокатським об'єднанням. Отже виникає запитання чому в ст. 12 Закону України «Про адвокатуру» та в ст. 4 Правил адвокатської етики серед можливих суб'єктів надання правової допомоги лише вказаний адвокат, що працює індивідуально і адвокатське об'єднання? Чи не випала із кола можливих суб'єктів надання правової допомоги така організаційна форма адвокатської діяльності як адвокатське бюро?

В проектах нової редакції Закону України «Про адвокатуру» вказане питання вирішене більш вдало. Зокрема, у законопроекті № 7051-1 всі організаційні форми адвокатської діяльності охоплюються терміном «адвокатське утворення», що включає в себе як адвокатське бюро, що складаються із одного адвоката, проте є юридичними особами, так і об'єднання адвокатів. Згідно з законопроектом, будь-яке адвокатське утворення може бути суб'єктом надання правової допомоги.

Також у названому законопроекті для адвоката передбачена можливість здійснення діяльності в індивідуальному адвокатському офісі. Адвокатський офіс складається з одного адвоката, але на відміну від адвокатського бюро, не є юридичною особою. Договори про надання правової допомоги клієнт укладає не з адвокатським офісом, а безпосередньо з адвокатом.

Щодо адвокатських об'єднань, то чинне законодавство не встановлює вичерпного переліку їх організаційних форм. До них чинний Закон України «Про адвокатуру» відносить колегії, фірми та інші адвокатські об'єднання.

На думку автора, така позиція законодавця є не зовсім вірною. В чинному Законі України «Про адвокатуру» запропоновано декілька різновидів адвокатських об'єднань, але не наведено жодної відмінності між ними. Також, було б логічним, щоб в законодавстві знайшли своє відображення основні базові принципи створення та діяльності адвокатських об'єднань для уникнення порушень прав клієнтів та самих членів об'єднання. В чинному законодавстві немає відповіді на запитання: хто є стороною договору про надання правової допомоги: адвокатське об'єднання як юридична особа чи окремий адвокат — член цього об'єднання, хто підписує договір з клієнтом. Очевидним є те, що такі важливі моменти законодавець не повинен залишати не визначеними.

Цивільний кодекс містить загальні положення про поняття юридичної особи, різновиди та організаційно-правові форми юридичних осіб. Спробуємо з'ясувати як вписуються в названі загальні положення про юридичні особи адвокатські об'єднання.

Відповідно до ст. 81 ЦК України, юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Очевидно, адвокатські об'єднання є особами приватного права, бо створюються на підставі установчих документів (статуту), а не розпорядчим актом посадової особи чи органу державної влади або місцевого само-

врядування. Відповідно до ст. 83 ЦК України, юридичні особи можуть створюватись у формі товариств, установ та інших формах, встановлених законом. Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Оскільки адвокатська діяльність не є підприємницькою, то, відповідно, немає підстав вважати адвокатські об'єднання суб'єктами підприємницької діяльності. В статті 86 ЦК серед можливих непідприємницьких товариств називаються споживчі кооперативи, об'єднання громадян тощо.

Очевидно, адвокатське об'єднання не може бути створене як споживчий кооператив (товариство). Споживчий кооператив є об'єднанням громадян, яке створюється на принципах добровільності і взаємодопомоги. Названі принципи є притаманними і адвокатським об'єднанням. Проте, основною метою споживчого кооперативу (товариства) є спільне господарювання громадян з метою поліпшення свого економічного і соціального стану (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про споживчу кооперацію» [4, 414]). Натомість адвокатура як інститут загалом та адвокатські об'єднання зокрема, відповідно до ст. 1 Закону України «Про адвокатуру», покликані сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну допомогу, а не поліпшувати свій економічний чи соціальний стан.

Що стосується вказаних у ст. 86 ЦК України об'єднань громадян, тут питання трохи складніше. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про об'єднання громадян» [5, 414], об'єднанням громадян є добровільне громадське формування, створене на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод. Справді можна вважати, що такі елементи, як «добровільне громадське формування» та «створене на основі єдності інтересів», характерні для адвокатських об'єднань. Проте наступна умова — «для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод» не співвідносна із функціями адвокатського формування.

Установою, відповідно до ч. 3 ст. 83 ЦК України, є 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. З наведеного можна зробити висновок про неможливість або хоча б недоцільність створення адвокатського об'єднання як установи. Перш за все, в законі міститься заборона для засновників здійснювати управління ними створеною установою, що є досить не практичним. Більшість адвокатських об'єднань вибирають керівництво із своїх членів, як правило, найбільш досвідчених адвокатів. Також в законі міститься положення, що установа створюється шляхом об'єднання майна засновників. Для адвокатського формування найбільш важливим є об'єднання професійного потенціалу, професійних знань, репутації, клієнтської бази. Об'єднання майна для адвокатських об'єднань носить другорядний, суто технічний характер.

Отже, із всіх запропонованих в цивільно-правовому законодавстві видів непідприємницьких товариств жодний не відповідає принципам адвокатської діяльності. Проте не слід забувати, що в статті 86 Цивільного кодексу України закладена можливість створення непідприємницьких товариств інших видів, крім запропонованих цивільним законодавством. Тому, на нашу думку, в Законі України «Про адвокатуру» передбачено створення адвокатських об'єднань як специфічних видів непідприємницьких товариств — фірм, колегій тощо, не розкриваючи при цьому їх організаційних та правових ознак.

Досить досконалим щодо організаційних форм спільної роботи адвокатів є проект нової редакції Закону України «Про адвокатуру» № 7051-1. В ньому передбачено такі способи об'єднання адвокатів як створення колегії адвокатів, товариства адвокатів чи адвокатської фірми.

Колегія адвокатів, відповідно до законопроекту, є непідприємницьким товариством, яке засновується двома і більше адвокатами на засадах членства і діє на підставі статуту. Договори про надання правової допомоги укладаються між адвокатом — членом колегії і клієнтом, із зазначенням приналежності адвоката до колегії, і реєструються в документації колегії адвокатів. Договори від імені колегії не укладаються. Можливість створення такого виду непідприємницького товариства, на нашу думку, дала б змогу кожному із членів колегії персонально бути стороною договору про надання правової допомоги, визначати свої права та обов'язки за таким договором тощо.

Проте, така організаційна форма адвокатської діяльності не є універсальною. Зокрема, в Україні працює значна кількість адвокатських об'єднань, для яких більш зручним є укладення договору з клієнтом від імені адвокатського об'єднання — юридичної особи, яка в свою чергу, гарантує якість надаваних послуг всіма членами об'єднань. Видається, що такою організаційною формою в законопроекті № 7051-1 є адвокатська фірма — непідприємницьке товариство, яке діє на підставі партнерського договору. Договори про надання правової допомоги з клієнтом укладаються від імені адвокатської фірми керуючим партнером, якщо інше не передбачено партнерським договором.

Товариство адвокатів, за законопроектом № 7051-1, є простим товариством, створеним двома і більше адвокатами з метою надання правової допомоги, і діє на підставі партнерського договору. З наведеного випливає, що товариство адвокатів не є юридичною особою, а діятиме за правилами § 2 глави 77 Цивільного кодексу України, в якому регламентовано діяльність простих товариств. В таких товариствах договори про надання правової допомоги укладаються від імені всіх партнерів адвокатом-партнером, який має довіреність від інших партнерів товариства адвокатів, якщо інше не встановлено партнерським договором.

У Верховну Раду України подано на розгляд проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру», яким передбачається покладення виключної компетенції на усі види правової допомоги. Автори проекту для обґрунтування своїх позицій посилаються на статтю 59 Конституції України, якою на адвокатуру покладається завдання щодо надання правової

допомоги, і вказують при цьому, що жодні інші форми юридичної практики Основним Законом не передбачені [16, 122].

З. Ромовська, також посиляючись на Конституцію України, якою гарантовано право кожного на правову допомогу та на вільний вибір захисника своїх прав, і в статті 64 якої передбачається, що права особи не можуть бути обмежені інакше як самою Конституцією, — вказує, що ч. 2 ст. 59 Конституції не може трактуватись як непряме обмеження права особи на правову допомогу та на захисника своїх прав, і згадка в ній про «дію» адвокатури не може означати недопустимість здійснення права на захист особи та надання правової допомоги тими, хто не є адвокатами [17, 57].

Для надання адвокатурі виключного права надання правової допомоги, на погляд І. Павлуника, необхідно щоб поряд із створенням відповідної законодавчої бази існували відповідні соціально-економічні умови. За існуючого на теперішній час в Україні низького майнового рівня забезпеченості громадян, недостатнього законодавчого визначення випадків та умов надання безоплатної правової допомоги малозабезпеченим верствам населення та недостатнього врегулювання питань майнової відповідальності адвокатів й недостатньому контролю за рівнем професійної відповідності адвокатів, надання адвокатурі виключного права з надання правової допомоги було б передчасним [16, 122].

В науковій літературі також наголошувалось, що «закріплення лише за адвокатами права на здійснення захисту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного від обвинувачення та надання юридичної допомоги особам, які притягаються до адміністративної відповідальності, не сприяє конкуренції щодо надання кваліфікаційної правової допомоги у цих сфері і підвищенню кваліфікації фахівців у галузі права» [18, 130].

На наш погляд, право на надання правової допомоги мають і повинні мати виключно адвокати, оскільки це відповідає Конституції, законам України та міжнародній практиці.

Проте, право надавати інші правові послуги повинні мати і інші особи, оскільки це є необхідною умовою дотримання принципів демократії та ринкових принципів. В протилежному випадку українське суспільство постане перед загрозою створення ще однієї монополії, а точніше адміністративної монополії [15, 91], яка зможе диктувати ціни, якість послуг тощо.

### Література

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — С. 141.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — С. 356.
3. Про адвокатуру : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 34. — С. 504.
4. Про споживчу кооперацію : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — С. 414.
5. Про об'єднання громадян : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 9. — С. 62.
6. Ухвала Конституційного Суду України від 01 жовтня 2002 № 51-у/2002 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.ccu.gov.ua](http://www.ccu.gov.ua).

7. Узагальнення практики застосування органами досудового слідства, районними судами м. Києва та апеляційним судом м. Києва законодавства яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому та засудженому право на захист // Адвокат. — 2003. — № 2. — С. 45–51.
8. Проект Закону «Про адвокатуру» реєстраційний номер 3061-І від 30.10.2003 р., поданий народним депутатом України ІV скликання В. А. Дем'яніним [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua/proza.htm](http://www.rada.gov.ua/proza.htm).
9. Проект Закону України «Про адвокатуру» реєстраційний номер 7051-І від 14.03.2006 р., поданий народними депутатами України ІV скликання Опішником М. В., Соболєвим С. В., Слабенком С. І., Стретовичем В. М., Мусіякою В. Л., Морозом О. О., Мартиненком М. В., Бандуркою О. М. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua/proza.htm](http://www.rada.gov.ua/proza.htm).
10. Проект Закону України «Про адвокатуру» реєстраційний номер 3061 від 19.03.2003 р., поданий народним депутатом України ІV скликання Соболєвим С. В. [Електронний ресурс]. Режим доступу : [www.rada.gov.ua/proza.htm](http://www.rada.gov.ua/proza.htm).
11. Проект Закону України «Про адвокатуру» реєстраційний номер 7051 від 09.02.2006 р., поданий народними депутатами України ІV скликання Маркуш М. А., Дем'яніним В. А., Кармазіним Ю. А. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.rada.gov.ua/proza.htm](http://www.rada.gov.ua/proza.htm).
12. Бардін Л. Н. О недостатках Закона об адвокатуре по вопросу о правовых основаниях оказания адвокатом юридической помощи // Л. Н. Бардін, Я. М. Матинський, А. И. Минаков // Адвокатская практика. — 2003. — № 4. — С. 4–10.
13. Бейцун І. Проблема правосуб'єктності об'єднань юридичних осіб // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 2. — С. 46–51.
14. Карпова И. Адвокатская деятельность в Бельгии // Адвокатские вести. 2004. № 5. С. 23–28.
15. Малиновська В. Монополізм та його різновиди: правові засоби обмеження монополізму в економіці України // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 2. — С. 90–93.
16. Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации : Федеральный закон Российской Федерации № 63-ФЗ от 31 мая 2002 г. [Электронный ресурс] // Официальный сайт Государственной Думы. Режим доступа : [www.duma.gov.ru](http://www.duma.gov.ru).
17. Павлушик І. А. Представництво в цивільному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Павлушик Ігор Анатолійович. — К., 2002. — С. 122.
18. Ромовська З. Закон України «Про адвокатуру» — ремонт чи повна реконструкція? // Право України. 2000. № 1. С. 57–62.
19. Теньков С. О. Нові тенденції у відшкодуванні витрат на оплату правової допомоги у господарському судочинстві // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 1. — С. 130–137.

### Анотація

**Книгин К. Г.** Суб'єкти договору надання правових послуг адвокатом. — Стаття.

Стаття присвячена характеристиці суб'єктного складу договорів про надання правових послуг адвокатом в чинному законодавстві України, аналізу правового статусу суб'єктів договору про надання правових послуг адвокатом, узагальненню судової практики з цього питання та дослідженню сучасних тенденцій щодо вдосконалення підходу визначення кола цих суб'єктів.

**Ключові слова:** адвокат, адвокатське утворення, надання правових послуг, суб'єкт договору, правова допомога, клієнт.

### Аннотация

**Книгин К. Г.** Субъекты договора оказания правовых услуг адвокатом. — Статья.

Статья посвящена характеристике субъектного состава договоров об оказании правовых услуг адвокатом в действующем законодательстве Украины, анализу правового статуса субъектов договора об оказании правовых услуг адвокатом, обобщению судебной практики по этому вопросу и исследованию современных тенденций по усовершенствованию подхода к определению круга этих субъектов.

**Ключевые слова:** адвокат, адвокатское образование, оказание правовых услуг, субъект договора, правовая помощь, клиент.

### Summary

*Knygin K. G. Actors of the treaty providing legal services Attorney. — Article.*

This article is devoted to the regional composition of the agreement on provision of legal services lawyer in the current legislation of Ukraine, an analysis of the legal status of the subjects of the contract on rendering of legal services lawyer, compilation of jurisprudence on this issue and study modern trends to improve the approach to defining the range of these actors.

*Keywords:* lawyer, legal education, provision of legal services, subject to the Treaty, legal assistance, the client.

УДК 347.764:368.23.001.32

*O. S. Adamova*

### THE MEANING OF MARINE INSURANCE

Marine insurance is a type of insurance that covers boats and ships, as well as their cargo and in some instances the places where the boat or ship is docked. It has a colorful history, beginning informally in England during the 17th century. In 1906, the Marine Insurance Act was passed under British law, creating a standard operating procedure for policies that dictates the world's policies to this day. The standards set forth by the act are considered reasonable, but due to changes in technology and social standards, the act is generally seen as obsolete and is being replaced by more modern legislature [1, 66].

There are several varieties of insurance that can be taken out by a boat or ship owner. Marine cargo insurance covers whatever goods the boat is carrying. Also known as cargo marine insurance, cargo insurance is a type of insurance that helps to provide compensation in the event that goods are damaged during transit from the seller's location to the buyer's location. Typically used in a shipping environment that involves travel from one country to the next, the insurance coverage only covers the transport period from leaving the docks in the country of origin and arriving at the docks at the point of destination. The actual mode of transport may be by waterway, over land, or even by air.

There are several benefits to securing cargo insurance for goods that are transported over long distances, especially when that transport involves international shipping. Sellers or exporters can make use of the coverage to protect themselves from a number of unfortunate incidents such as the sinking of a ship, hijacking of the transport vessel, or even damage due to heat or humidity during the shipment process. Depending on the scope of the coverage, even something as simple as the freight being rearranged during transport and sustaining damage may be covered [2, 40]. Essentially, any losses that result from negligence or issues outside the control of the exporter may be offset by the benefits from the cargo insurance.

Buyers or importers also benefit from the use of cargo insurance. Since the value of the goods are protected, this means that even if they arrive at the port

of destination in damaged condition, there is the opportunity to file a claim and eventually have those goods replaced. This approach also makes it easier to recoup any funds that have already been paid to the exporter, such as when the goods are one of a kind and cannot be replaced. From this perspective, cargo insurance covers the interests of both the buyer and seller and helps to minimize the losses that can occur when the covered goods are lost, stolen, or damaged during transit.

Typically, the seller or exporter will secure the cargo insurance and bundle the cost into the total amount charged to the buyer, along with shipping charges and other ancillary fees and costs. At times, a buyer or importer may secure cargo insurance to protect a shipment, especially if the seller prefers to use other types of insurance in lieu of cargo marine coverage. Doing so may cost the buyer a little more, but the benefits that are provided in the event something is wrong with the goods when they reach port are usually considered worth the expense.

Inland marine insurance can be procured for floating vessels that are not ocean-bound, but travel primarily on lakes, rivers and reservoirs. Inland marine insurance is an insurance instrument which is designed to protect property while in transit, along with high-value mobile items like silverware and tools. Despite the rather peculiar name, inland marine insurance is actually a very useful type of insurance, and it is commonly recommended to business owners, especially people who need to travel for work or people who work with high-value items [3, 20]. Many insurance companies offer this type of policy, and can discuss options with their clients. This type of insurance is typically purchased as a supplement to an existing insurance policy.

The origins of this type of insurance allegedly started with Lloyd's of London, a venerable provider of insurance which dates back to the 17th century. Lloyd's initially insured the cargo of ships, holding policyholders responsible for whatever happened to their goods on land. Eventually, coverage expanded to include cargo after it had been offloaded, with inland marine insurance covering cargo in transit, storage, or holding, providing more complete coverage to policyholders. Today, inland marine insurance is often used by people who are nowhere near the ocean and have no intention of carrying anything by ship.

Commercial insurance usually covers a specific premises. Inland marine insurance applies to the goods and property associated with someone's job, wherever they might be. When a contractor's tools are stolen out of a truck or off a work site, they would be covered by inland marine insurance. Likewise, goods damaged in transit across dry land could be covered by this type of insurance. People can also cover individual buildings and other types of property with this type of insurance.

Insurance agents may recommend inland marine insurance to fill gaps in coverage, ensuring that someone is totally covered in the event of a problem. For example, many things covered by this type of insurance are specifically excluded in conventional insurance policies, like jewels, for example. Having inland marine insurance as a «floater» policy can protect people from losses. This type of insurance is also not restricted to commercial customers.

When shopping for any kind of insurance policy, people should take note of the deductible and any restrictions on the policy. They can choose between named peril policies, in which everything covered by the policy is specifically cited by name, or all-risks insurance, in which anything excluded from the policy is specifically stated. For example, an all-risks policy might indicate that it would not cover losses caused by negligence, suggesting that it will cover everything else, from hurricanes to fires.

There are also more general policies that cover the boat itself and its passengers, liability for damages to other moving vehicles and liability during an encounter with a non-moving object. These all fall under the heading of a marine insurance policy [4, 73]. An insurance policy is a contract which outlines an insurer's obligations to a premium-paying party, known as the policy holder. There are a great many different types of insurance, with health insurance, automobile insurance, life insurance, and homeowner's insurance among the most common. No matter the type of insurance, an insurance policy usually consists of six sections: declarations, definitions, lists of covered items, exclusions, conditions, and endorsements.

When the policy holder purchases insurance, he is essentially buying financial compensation which will be paid to him by his insurer following an eligible event. Should he purchase health insurance, for instance, his insurer is expected to pay for eligible health care expenses. The circumstances by which a policy holder will or will not receive coverage are outlined in an insurance policy, or a contract which specifies the insurer's exact obligations to him.

Usually, the first part of an insurance policy is known as the declarations section. This section includes details about the policy holder, such as his name and address. It also includes information about the entity which is being insured. For instance, an automobile insurance policy declarations page may list such details as the make and model of the policy holder's car. In addition, this section generally includes information about the insurance plan itself, such as the premium amount and the dates for which the policy is valid.

Often, these declarations are followed by a definitions section. This section clarifies the exact meanings of certain words used within the policy in order to prevent misinterpretation. For instance, a health insurance policy may define such terms as outpatient procedure or preexisting condition.

These definitions are generally followed by three lists: covered items, exclusions, and conditions. The list of covered items states each type of incident or event for which coverage will be offered to the policy holder. Conversely, the exclusions list compiles the incidents or events for which coverage will not be offered. Finally, the conditions section lists circumstances which might invalidate the policy holder's coverage following an otherwise eligible incident or event. An automobile insurance policy, for instance, may state in its conditions that the policy holder will not receive compensation for an accident that occurred while he was intoxicated.

Lastly, many insurance policies end with an endorsements section. Endorsements are provisions which are usually unique to a particular policy, and which override

conditions given in other sections of that policy. The bulk of an insurance policy usually consists of a standard contract, and the declarations and endorsements are often the only sections that are edited to fit each policy holder.

A private ship owner who uses his large boat for pleasure cruising in a marina may wish to take out inland marine insurance, as well as specialty yacht insurance. A merchant ship sailing in politically unsure waters may find it necessary to take out cargo insurance as well as a specific war policy that protects the boat and goods in the event of unfriendly actions. Marine insurance is often available through general insurance companies, and many car insurance dealers offer discounts to those who pay for more than one policy through their company. General insurance normally refers to any non-life insurance coverage. This includes both personal lines insurance and commercial lines insurance. Personal lines insurance includes the coverages used to protect a policyholder from loss or damage to personal property or from damages for which the policyholder may be held personally responsible. Commercial lines insurance protects a business from loss of its business property or damages for which the company may be held liable [5, 126–141].

Personal automobile insurance and homeowners insurance are the most common types of general insurance. Automobile and homeowners policies can include both property and casualty coverage. Property coverage pays for loss to the policyholder's property, while casualty coverage pays for damages for which the policyholder is held liable. For instance, if an insured person accidentally drives his personal automobile into the side of a building owned by someone else, his insurance would pay for the damage to his vehicle through his property coverage, and for damage to the building through his casualty coverage.

In many places, automobile insurance is required to operate a vehicle. If the vehicle is used by a business, the driver is normally covered under the company's commercial auto policy. If the vehicle is personally owned, the driver would be covered by the owner's personal auto policy.

Homeowners insurance is another type of general insurance. Homeowners insurance pays for damage to a home and personal property owned by an insured person through the property coverage. It also offers, through its casualty coverage, protection from lawsuits that may occur as the result of damage inadvertently caused by the policyholder or other members of his household. If a home is damaged by a covered peril, such as a burst pipe, the policy's property coverage would pay for repairs. If the insured person's minor child accidentally threw a ball through a neighbor's window, the policy's casualty coverage would pay to have the neighbor's window replaced.

Renter's insurance is another type of general insurance. It is similar to homeowners insurance in that it covers the policyholder's personal property while also offering liability coverage for damage for which the policyholder may be liable, including damage caused to the home being rented. If a renter leaves an oven on and causes a fire that damages the rental property, the renter's policy would pay for damage to the home that was caused by the insured person. It would also pay for damage to the tenant's personal belongings that occurred in the fire.

Commercial lines insurance is general insurance that is similar to personal lines insurance in that it can include both property and casualty coverages. The difference between personal lines and commercial lines insurance is that personal lines protects people engaged in their own non-work related business as well as property they own, and commercial lines coverages protect a business from the actions of its employees as well as the business's assets. The most common types of commercial general insurance are commercial auto liability and commercial general liability [6].

In addition, there are several other categories of commercial lines general insurance. There are casualty coverages including premises liability, professional liability and products and completed operations liability. Premises liability covers visitors who may be injured on the insured's property. Professional liability pays for damage caused to a client of a specially trained industry expert whose services were deficient or inaccurate in some way. Products and completed operations liability pays for damage caused by a product or service that was completed and relinquished by the insured, but then later caused damage to a client.

There are also dealers who work singularly in this area and only offer marine boat insurance. Boat insurance is a necessity for any boat owner, whether the boat is intended for living on or just for leisure use. A boat is considered just as much of an asset as a house or any other form of property. For this reason, more and more insurance companies offer insurance to boat owners.

Whether on land or on sea, there is no telling what can happen to a boat. Therefore, it is important to be prepared for any tragedy that may occur. Most insurance companies provide boaters with a variety of coverage options. These options can range from covering the boat's life to the life of its owner.

Like car insurance, boat insurance usually consists of two primary phases. These include liability in regards to protection, as well as indemnity and property loss. Boat insurance can also provide coverage for physical damage to the boat. If the hull, machinery, and furniture are damaged, for example, they are all covered by boat insurance.

There is also boat insurance coverage for poor workmanship on the boat and for any vandalism that may occur to the boat. With boat insurance, the boat is also protected if the owner should sail in an area deemed to be dangerous for boats. In addition, boat insurance can cover accidents that occur at sea with other boats. Boat insurance can even cover injuries if a person aboard the boat gets hurt in some way.

These days, it is mandatory to have boat insurance before setting sail. In addition, lenders ensure new boat owners purchase boat insurance before taking the boat off the lot. Not only does this protect the boat owner, but it also protects the lender if the boat becomes damaged or destroyed. One perk to boat insurance is that it can be established to cover the full cost of replacing or repairing the boat if it becomes damaged, despite the change in its value due to depreciation.

With boat insurance, the actual cash value or the figure that is agreed upon beforehand is given to the boat owner if the boat is lost or damaged. Therefore, it

is important to select the boat insurance that best fits the boat owner's lifestyle and needs.

Policies can be broken down to cover only the boat, only the cargo, or both; most do not include coverage of objects on the boat that are not required for the ship's operation, such as computers, cell phones, or other types of valuables.

The rates of a marine insurance company vary depending upon the type of boat, size of boat, use of boat and the owner's current insurance history [7, 172–200]. Some policies may have stipulations on what they will and will not cover, and how much of the damages the owner of the boat is required to pay out of pocket. As with other types of insurance, it is almost always best to look at more than one policy before deciding on which to buy. Purchasers should be aware that the necessity for watercraft insurance varies by country and region.

### Sources

1. Roover, Florence Edler de. Early Examples of Marine Insurance // *Journal of Economic History*. 1945. Vol. 5, N 2.
2. Clann M. K. Marine Insurance — Judicial Interpretation of Insurance Contracts in Maritime Law — The Duty of Good Faith in Handling Claims / M. K. Clann, B. T. Brown, S. J. Sydow. — 1991. — 479 p.
3. Foster N. R. The seaworthiness Trilogy Carriage of Goods, Insurance, and Personal Injury / N. R. Foster. Santa Clara, 2000. 473 p.
4. Tetley W. The General Maritime Law — The Lex Maritima. 1994. — Syracuse J. MI L. & Com. — 505 p.
5. Staring G. S. Marine Insurance / G. S. Staring, G. I. Waddell. — 1999. — 345 p.
6. <http://books.google.com/books?id=w2XtGQXjDKsC&pg=PA107>
7. John A. H. The London Assurance Company and the Marine Insurance Market of the Eighteenth Century // *Economical New Series*. — 1958. — Vol. 25, N 98.

### Summary

*Adamova O. S.* The meaning of Marine insurance. — Article.

The concepts of marine insurance and founding of origin are investigated. A necessity and actuality of marine insurance are analysed as to the guarantee of calmness and economic security of the shipowner and owner of cargo and also stability of market relations. Also the analysis of existent kinds and methods of insurance was made.

*Keywords:* marine insurance, navigator, shipowner, cargo, ship, danger, risk, favour, policy, coverage.

### Анотація

*Адамова О. С.* Поняття морського страхування. — Стаття.

Досліджується поняття морського страхування, підстави виникнення. Аналізується необхідність та актуальність морського страхування як гарантія спокою та економічної безпеки судновласника та вантажовласника, а також стабільності ринкових відносин. Також здійснюється аналіз існуючих видів та способів страхування.

*Ключові слова:* морське страхування, мореплавство, судновласник, вантаж, судно, небезпека, ризик, послуга, поліс, покриття.

### Аннотация

*Адамова Е. С.* Понятие морского страхования. — Статья.

Исследуется понятие морского страхования, основания возникновения. Анализируется необходимость и актуальность морского страхования как гарантии спокойствия и экономической

безопасности судовладельца и грузовладельца, а также стабильности рыночных отношений. Также осуществляется анализ существующих видов и способов страхования.

*Ключевые слова:* морское страхование, морское судно, судовладелец, груз, судно, опасность, риск, услуга, полис, покрытие.

УДК 347.68(091)(477)“1922”

*Р. Ю. Половинкіна*

### ПЕРША КОДИФІКАЦІЯ ПОЛОЖЕНЬ СПАДКОВОГО ПРАВА ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УРСР 1922 РОКУ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

На сьогодні в Україні існує безліч нормативно-правових актів, які зачіпають майнові інтереси громадян, не виключенням стало і питання спадкового права. Однак проблеми нормативного закріплення спадкових правовідносин є і досі актуальними. Розділ 6 Цивільного кодексу України 2004 року присвячений спадковому праву, однак на практиці виникає безліч запитань із приводу реалізації цих положень. Для реалізації спадкових прав, як спадкодавця, так і спадкоємців, діють державні нотаріальні контори та приватні нотаріуси, які у своїй діяльності керуються законами України та підзаконними нормативно-правовими актами. Нещодавно набув чинності Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджений наказом Міністерства юстиції України, в якому декілька розділів присвячені спадковому праву. Окремі пункти нового Порядку були запозичені з інструкцій та порядків вчинення нотаріальних дій, які діяли у радянський період.

Актуальність дослідження історико-правових питань спадкування зумовлена зростаючим значенням приватної власності громадян і порядку її спадкування, необхідністю розроблення правового механізму, який належним чином міг би захистити права й інтереси громадян України. Огляд історії розвитку спадкового права має важливе не тільки наукове, але й практичне значення, оскільки дозволяє простежити на конкретному матеріалі складні процеси становлення та розвитку основних рис та інститутів спадкового права й можливість сприйняття кращих історико-правових конструкцій у цивільному законодавстві України.

Вивченню спадкового права присвячено багато праць відомих радянських і українських учених, а саме В. І. Серебровського, Б. С. Антімова, К. А. Граве, І. Н. Азімова, Т. П. Коваленко, А. М. Немкова, М. В. Гордона, С. Н. Братусь, О. С. Йоффе, М. М. Богуславського, Р. Й. Халфіної та інші, сучасних вітчизняних фахівців І. В. Жилінкової, О. В. Дзери, С. Я. Фурси, О. І. Харитоновой, Н. О. Саніахметової, З. В. Ромовської, В. В. Васильченко та інші. Дослідження проблем спадкового права є актуальним і досі про це свідчать захищені дисертації молодих вчених, а саме О. Ю. Заїка «Становлення і розвиток спад-

кового права в Україні» (2007 р.), О. І. Нелін «Еволюція спадкового права в Україні: історико-правовий аспект» (2010 р.).

Метою цієї статті є аналіз норм спадкування за цивільним законодавством досліджуваного історичного періоду, розкриття протиріччя становлення радянського спадкового права при першій кодифікації, виявлення тенденцій розвитку спадкового права того часу та їх вплив на формування подальших спадково-правових відносин.

Історіографія радянського періоду визнавала наявність кризи початку 20-х років, але причини її пов'язувала переважно з господарською розрухою, зумовленою семирічною війною, спочатку світовою, а потім — громадянською. Але насправді початок паралічу виробництва, що розвивався невідворотно, був пов'язаний із способами державної партії зруйнувати механізм ринкових відносин. Політика «воєнного комунізму» та економічна криза спричинили масове незадоволення більшовиками, особливо в селянському середовищі, тому партійне керівництво вирішило запровадити нову систему заходів, які згодом називали новою економічною політикою. 9 серпня 1921 року Ленін підписав Наказ Ради народних комісарів «Про впровадження в життя засад нової економічної політики (далі — неп)» [1, 89].

Законодавство, яке існувало у період воєнного комунізму не відповідало системі заходів, які проголошувались для розвитку нової економічної політики, тому було необхідно внести відповідні зміни та корективи до нормативно-правових актів. Першим кроком на цьому шляху стала Постанова III сесії ВЦВК від 22 травня 1922 року «Про основні приватні майнові права, визнані РРФСР, які охороняються її законами і захищаються судом РРФСР» і її аналог в Українській РСР — постанова ВУЦВК від 26 липня 1922 року «Про основні приватні майнові права, які визнаються УРСР, охороняються її законами і захищаються судами УРСР», які закріпили основні майнові права громадян.

Відповідні декрети були прийняті з метою встановлення чітких взаємовідносин державних органів з об'єднаннями та приватними особами, приватних осіб з об'єднаннями, які приймають участь у розвитку виробничих сил країни, встановлення відповідних гарантій для реалізації їх майнових прав, як громадян Радянського Союзу, так і іноземців.

Вперше було визначено основні правила спадкування майна, а саме: «право спадкування як за законом, так і за заповітом прямих низхідних родичів та одного із подружжя, що пережив спадкодавця у межах загальної суми спадщини 10 000 золотих рублів, виключення з цього правила допускається лише у випадках, передбачених законом» [2, 145]. Однак реальних змін у порядку спадкування відразу з прийняттям декрету не відбулося, у зв'язку з декларативним характером цих нормативних актів.

У Народному комісаріаті юстиції (далі — НКЮ) почали розробляти спеціальний нормативний акт про спадщину, який мав затвердити Раднарком до прийняття кодифікованого нормативно-правового акта. Цей проект був перехідним ступенем від декрету про скасування спадкування до частини «Спадкове право» Цивільного кодексу РРФСР 1922 року. У проекті вже отримали

розвиток норми спадкового права, але ще збереглися положення, властиві декрету 1918 року «Про скасування спадкування», які носили характер соціального забезпечення. У зазначеному проекті багато що нагадує про погляди на використання спадкової маси для потреб соціального забезпечення, характерних для першого року революції. Однак у проекті було дозволено спадкування більше 10 000 золотих рублів для торгових і промислових підприємств. Пізніше, при складанні частини «Спадкове право» Цивільного кодексу, від цього положення відійшли.

У працях з цивільного права Т. Е. Новицької детально висвітлене питання дискусій, які відбувалися при обговоренні проекту Цивільного кодексу РРФСР. Так, при прийнятті декрету у Вищому центральному виконавчому комітеті (далі — ВЦВК) висувались ідеї про доцільність відродження в Радянській Росії спадкового права, знищеного декретом 1918 року. Противники спадкового права посилалися навіть на програми європейських соціал-демократичних партій, негативно ставилися до цього інституту. На захист відновлення інституту спадкування (а саме так розцінювалися положення декрету від 22 травня 1919 року щодо спадкового права) виступив А. Г. Гойхбарг. Він говорив про необхідність допустити передачу в спадщину насамперед підприємств. Що стосується іншого майна, предметів домашнього вжитку, вони і так, як правило, залишалися родичами, оскільки складали частину спільної власності сім'ї. Про можливість використання спадщини для потреб соціального забезпечення не було й мови [3, 104].

В УРСР перший Цивільний кодекс (далі — ЦК) був прийнятий постановою ВУЦВК від 16 грудня 1922 року і набирав чинності з 1 лютого 1923 року. Порядок спадкування регулювали ст. ст. 416–435 ЦК УРСР.

ЦК УРСР повністю відповідав положенням ЦК РРФСР та був побудований за його принципами. Спадковому праву була присвячена частина четверта «Спадкове право», яка ґрунтувалася на декреті від 22 травня 1922 року «Про основні приватні майнові права, визнаних РРФСР, які охороняються її законами і захищаються судом РРФСР». ЦК слідом за декретом від 22 травня 1922 року твердо стоїть на позиції переходу майна у спадщину.

Була встановлена межа вартості майна, яке могло переходити в спадщину, а саме, не більше 10 000 тисяч карбованців золотом, без урахування боргів померлого. Якщо загальна сума спадкування була вищою встановленого законом максимуму, тоді відбувався розподіл між державою та спадкоємцями частини спадщини, що була вищою, або ліквідацією спадкового майна на користь держави. При цьому якщо не можливо було розподілити вищезазначене спадкове майно, то між державою, в особі її уповноважених органів, та спадкоємцями встановлювався режим спільного користування або встановлювалось право викупу частини на користь держави чи приватних осіб. Отже, вперше було передбачено режим спільного користування майном між державою, в особі її уповноважених органів, та приватними особами.

ЦК передбачав дві форми спадкування: за законом і за заповітом. Коло спадкоємців і порядок закликання їх до спадкування був досить обмеженим.

Спадкоємці за заповітом та спадкоємці за законом збігалися, що могло сприяти передачі частини власності державі у вигляді відумерлої спадщини. Так, згідно з приміткою до ст. 422 ЦК заповідач міг позбавити права на спадкування будь-якого із спадкоємців за законом, у цьому випадку спадкове майно в частині чи в цілому переходить державі.

Згідно зі ст. 418 ЦК коло осіб, які могли бути спадкоємцями, обмежувалось прямими низхідними (діти, внуки, правнуки) родичами, другим з подружжя, який пережив спадкодавця, а також непрацездатними та незабезпеченими особами, які фактично перебували на утриманні померлого не менше одного року до дня його смерті. Спадкоємцями могли бути тільки особи, які були живими на момент смерті спадкодавця, а також діти, зачаті при його житті та народжені після його смерті.

Громадяни, які проживали разом із спадкодавцем, могли спадкувати предмети звичайної домашньої обстановки та вжитку, які не входили до загальної спадкової маси. Обмеження щодо спадкування майна стосувалися насамперед промислових, торгових підприємств, предметів розкоші, грошових капіталів, будівель та окремих прав (забудови, оренди тощо). Пізніше до складу спадкової маси не могли бути включені грошова оцінка авторського права та патенти на винаходи.

Досить прогресивним для того періоду було оподаткування спадкового майна, яке регулювалось Декретом ВЦВК «Про спадкові мита». У ст. 1 вищезазначеного Декрету встановлювалось стягування мита із спадкового майна, що переходить до спадкоємців, у таких розмірах: якщо окремий спадкоємець отримує частку спадкового майна вартістю від однієї до трьох тисяч рублів золотом, мито стягується у розмірі одного відсотка вартості спадкової частки; якщо вартість частки становить від трьох до шести тисяч рублів золотом, мито стягується у розмірі двох відсотків; якщо вартість частки становить від шести до десяти тисяч рублів золотом, мито стягується у розмірі чотирьох відсотків; якщо вартість частки перевищує десять тисяч рублів золотом, то з кожних наступних десяти тисяч золотих рублів мито підвищується на чотири відсотки, причому неповних десять тисяч вважаються за повні; проте загальна сума спадкового мита не може перевищувати 50 % вартості спадщини, якщо вартість частки, одержуваної окремим спадкоємцем, нижче однієї тисячі рублів золотом, то частка його митом не обкладається.

Одночасно із Декретом РРФСР було прийнято Постанову Всеукраїнського центрального виконавчого комітету (далі — ВУЦВК) «Про спадкові мита», на виконання якої до ЦК УРСР були внесені деякі зміни. Були скасовані примітки до ст. ст. 416, 417, ст. 419, 421, примітка 1-а до ст. 422 була викладена у новій редакції.

Реалізація права на спадкування здійснювалось через народні суди за останнім місцем проживання померлого. Виклик спадкоємців через публікацію чи іншими способами не проводиться, але народним судом за місцем відкриття спадщини, після отримання повідомлення про смерть спадкодавця від відділу записів цивільного стану, негайно вживалися заходи щодо охорони спадкового

майна. Охорона спадкового майна тривала до явки всіх спадкоємців до народного суду, але не довше 6 місяців. Спадкоємці за законом чи за заповітом після 6 місяців з часу відкриття спадщини могли отримати у місцевого народного судді свідоцтво про право на спадщину.

10 лютого 1930 року, після внесення відповідних змін до Положення про державний нотаріат РРФСР від 4 жовтня 1926 року, на нотаріальні органи був покладений обов'язок по охороні спадкового майна. 20 липня 1930 року було видано Положення про державний нотаріат Української РСР у ст.1 якого зазначались повноваження державних нотаріальних контор. У п. 15 ст. 1 вищевказаного Положення зазначалось, що державні нотаріальні контори вживають заходи щодо охорони спадкового майна, що залишилося після померлих, та видають свідчення, що підтверджують право на спадкування. З цього періоду народні суди були повністю звільнені від обов'язку видачі свідоцтв про право на спадщину спадкоємцям за законом чи за заповітом, однак спірні ситуації, які виникали між спадкоємцями, вирішувались у судовому засіданні.

Економічна криза у народному господарстві сприяла прийняттю нових нормативно-правових актів та внесення змін у застарілі. Зміни у спадковому праві пов'язані із затвердженням Постанови РНК СРСР «Положення про державні трудові ощадні каси» від 22 грудня 1922 року. Ст. 17 Положення надавала право вкладнику заповісти будь-яку суму вкладу будь-якій особі незалежно від того чи є вона спадкоємцем за законом.

Однак цей виняток проіснував до 27 листопада 1925 року, коли були прийнято нове положення про державні трудові ощадні каси, яке обмежувало свободу заповідальних розпорядженькладами установленними у ст. ст. 416 і 418 ЦК максимальною сумою спадкового майна та колом законних спадкоємців [4, 53].

Наступні зміни у порядку спадкування були викликані прийняттям Постанови ЦВК і РНК СРСР «Про скасування максимуму спадкування та дарування» від 29 січня 1926 року. Центральним виконавчим комітетом (далі — ЦВК) союзних республік було запропоновано скасувати з 1 травня 1926 року обмеження у розмірі майна, яке могло переходити у спадщину. Погоджуючись з думкою В. В. Васильченка, прийняття цього положення було викликано потребою полегшення можливості продовження існування промислових підприємств після смерті їх власників, а також з метою створення сприятливіших умов надходжень матеріальних та грошових коштів до народного господарства країни [4, 55]. У зв'язку з прийняттям вищезазначеної постанови в ЦК УРСР Постановою ВУЦВК і РНК УРСР від 7 липня 1926 року було внесено зміни у ст. ст. 419 і 421 та примітку 1 до ст. 422, скасовано примітку 1 до ст. 416 та ст. 417 ЦК.

29 січня 1926 року була прийнята Постанова ЦВК і РНК СРСР «Про введення в дію положення про податок з майна, що переходить у порядку спадкування і дарування», яка скасовувала постанову ВУЦВК від 14 березня 1923 року «Про спадкові мита» та встановлювала нові правила обчислення та стягнення податку з отриманого спадкового майна. Податок обчислювався пропорційно, однак ставки оподаткування значно збільшувались.

20 лютого 1929 року ЦК УРСР був доповнений ст. ст. 422 і 427, у зв'язку з виданням Положення про державні трудові ощадні каси. Стаття 422 встановлювала правило, за яким вкладники державних трудових ощадних кас і кооперативних організацій можуть указувати цим касам і організаціям осіб, котрим внесок як грошовий, так і в цінних паперах повинен бути виданий у випадку смерті вкладника. Такими особами можуть бути як фізичні особи, незалежно від того, чи є вони спадкоємцями вкладника за ст. 418 Кодексу, так і юридичні особи. Згідно із ст. 427 внески в державні трудові ощадні каси (як грошові, так і в цінних паперах), за якими не зроблено розпорядження на випадок смерті вкладника, каси видають спадкоємцям вкладника [5, 33].

Незважаючи на закріплення права на спадкування, радянська влада намагалась поєднати інститут соціального забезпечення і спадкування. 31 травня 1926 року із прийняттям Кодексу законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УРСР вводився інститут усиновлення. З цього часу усиновлені та їх нащадки стали успадковувати майно усиновлювачів. З'являється інститут обов'язкової частки, однак в УРСР неповнолітні спадкоємці не мали права на обов'язкову частку (ст. 43 Кодексу законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану УРСР 1926 року).

Гарантія права на спадкування була закріплена у ст. 10 нової Конституції СРСР 1936 року: «Право особистої власності громадян на їх трудові доходи і заощадження, на житловий будинок і підсобне господарство, на предмети домашнього господарства і побуту, на предмети особистого споживання і зручності, рівно як і право спадкування особистої власності громадян, охороняється законом».

Підсумовуючи на початку 40-х років результати обговорення проблем спадкового права, Н. В. Рабінович зазначала, що на сучасному етапі спадкування набуває нового характеру, нового змісту, потребує нової регламентації на відміну від періоду непу:

- до спадкування за законом необхідно допускати всіх осіб, які перебували з померлим у тому ступені родинності, за яким, як правило, існує певна спільність сімейних інтересів, що створює не лише презумпцію бажання померлого залишити цим родичам своє майно, а й дає їм усі підстави претендувати на спадкове майно;

- у батьків померлого право на спадщину виникає лише за умови відсутності подружжя; брати, сестри, віддалені висхідні родичі можуть набувати право на спадщину лише за умови відсутності ближчих родичів;

- між спадкоємцями однієї черги майно повинно ділитися на рівні частки [6, 76].

Із завершенням Великої Вітчизняної війни постала проблема реформування цивільно-правового регулювання суспільних відносин, охорони власності та спадкування майна громадян, що було пов'язано з колосальними людськими втратами. Таким чином, виникає гостра потреба захисту майнових інтересів громадян — родичів загиблих. Враховуючи наслідки війни, було розширено коло

осіб, які мали право на спадщину, громадянам надавались ширші права для реалізації прав заповідача.

Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про спадкоємців за законом і за заповітом» від 14 березня 1945 року вперше встановлював черговість закликання до спадкування, розширив коло спадкоємців, включивши до нього непрацездатних батьків, братів та сестер померлого, право спадкодавця заповісти майно будь-якій особі, в тому числі державним органам та громадським організаціям, при відсутності спадкоємців за законом, неповнолітні діти і непрацездатні спадкоємці померлого мали право на обов'язкову частку у спадщині. Також встановлювався інститут спадкування за правом представлення.

На підставі загальносоюзного указу прийнято Указ Президії Верховної Ради УРСР «Про зміни Цивільного кодексу УРСР» від 17 грудня 1945 року, яким внесено зміни до інституту спадкового права і в новій редакції викладені ст. ст. 418, 420–424, 429, 430 та 433.

Спадкове право з внесеними до нього у 1945 році змінами було чинним, без суттєвих доповнень, аж до прийняття Верховною Радою СРСР «Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік» від 8 грудня 1961 року, які набули чинності з 1 травня 1962 року.

Отже, спадкове право у період з 1917 по 1962 рік зазнало суттєвих змін, а саме: право на спадщину було закріплено в Конституції СРСР 1936 року, законом були визначені черги закликання до спадкування (перша — діти, непрацездатні батьки, той з подружжя, що пережив спадкодавця, друга — непрацездатні батьки померлого, третя — брати та сестри померлого); був встановлений інститут обов'язкової частки та спадкування за правом представлення, також були значно розширені права заповідача. Обмеження спадкових прав, нерівність — це ті проблеми, які існували протягом всієї історії розвитку радянських спадкових правовідносин і які лише останнім часом почали поступово вирішуватися.

Історичний аналіз норм спадкування дає можливість науковцям та практичним діячам у галузі права передбачити шляхи вирішення гострих проблем, пов'язаних із становленням нових об'єктів та форм власності, так як радянське спадкове право є продовженням сучасного українського спадкового права. Висновки та пропозиції, сформовані у даній статті, у подальшому можуть бути використані у курсі з «Історії держави та права України» та при розгляді спадкового права України у межах курсу з цивільного права.

#### Література

1. Дропиков В. К. Наследование по завещанию в советском праве / В. К. Дропиков. — К. : Изд-во Киев. гос. ун-та им. Т. Г. Шевченка, 1957. — 135 с.
2. Хрестоматия по истории отечественного государства и права, 1917–1991 гг. / за заг. ред. О. І. Чистякова. — М. : Зеркало, 1997. — 856 с.
3. Повицкая Т. Е. Гражданский кодекс РСФСР 1922 года / Т. Е. Повицкая. — М. : Зеркало-М, 2002. — 224 с.
4. Васильченко В. В. Формування спадкового права в період створення радянської державності в Україні (1922–1937 рр.) // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. — 2003. — № 2. — С. 50–57.

5. Нелін О. Спадкове право УРСР за Цивільним кодексом 1922 р. // Підприємництво, господарство і право. 2008. № 4. С. 32–35.
6. Рабинович П. В. Законодательные проблемы советского наследственного права // Советское государство и право. — 1949. — № 5–6. — С. 72–85.

### Анотація

*Половинкина Р. Ю.* Перша кодифікація положень спадкового права за Цивільним кодексом УРСР 1922 року: історико-правовий аспект. — Стаття.

Стаття присвячена історико-правовому аналізу інституту спадкування у радянський період під час першої кодифікації положень спадкового права. На основі проведеного дослідження автор статті пропонує самостійні висновки та судження про співвідношення публічних та приватних інтересів при реалізації права на спадкування в зазначений період.

*Ключові слова:* право власності, право на спадщину, особиста власність, заповіт, Цивільний кодекс, коло спадкоємців, декрет, обов'язкова частка.

### Аннотация

*Половинкина Р. Ю.* Первая кодификация положений наследственного права по Гражданскому кодексу УССР 1922 года: историко-правовой аспект. — Статья.

Статья посвящена историко-правовому анализу института наследования в советский период во время первой кодификации положений наследственного права. На основе проведенного исследования автор статьи предлагает самостоятельные выводы и суждения о соотношении публичных и частных интересов при реализации права на наследование в указанный период.

*Ключевые слова:* право собственности, право на наследство, личная собственность, завещание, Гражданский кодекс, круг наследников, декрет, обязательная доля.

### Summary

*Polovinkina R. Y.* The first codification of the provisions of inheritance law under the Civil Code of the USSR, 1922: historical and legal aspects. — Article.

Article is devoted to historical and legal analysis of the institute of succession in the Soviet period during the first codification of the provisions of inheritance law. Based on the study author provides independent opinions and judgments of the relationship between public and private interests at the right of succession in the period.

*Keywords:* ownership, inheritance, personal property, wills, Civil Code, the circle of heirs, decree and compulsory share.

УДК 347.1

*В. С. Петренко*

## ПРОГРАМА ГАРМОНІЗАЦІЇ ТА УНІФІКАЦІЇ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Свобода заснування на території ЄС, гарантована установчими актами ЄС компаніям, може бути реалізована в повному обсязі лише при відсутності значних розбіжностей у законодавствах держав — членів ЄС. Правові розходження в регулюванні являють собою непереборну перешкоду, насамперед, для компаній щодо відкриття вторинних установ за межами країни реєстрації. Стає неможливим надати достатні гарантії захисту інтересів акціонерів і третіх осіб,

© В. С. Петренко. 2012

які є імперативною умовою Римського договору, а також ускладнюється процес керування групами компаній. Зміна місцезнаходження компанії у випадку її транскордонності не є цікавою для підприємців при існуючому правовому забезпеченні, що негативно впливає на формування єдиного ринку ЄС. У цьому зв'язку у перші роки діяльності Співтовариств інститути ЄС розпочали здійснення програми по ліквідації правових перешкод свободи здійснення підприємницької діяльності у відповідності зі статтею 44 (колишньою ст. 54) Римського договору, «координуючи в том ступені, що необхідний, і забезпечуючи еквівалентність гарантій, необхідних від компаній країн-членів, маючи на увазі забезпечення інтересів їх учасників і третіх осіб». Функції по реалізації поставлених завдань були покладені на Раду ЄС і Європейську комісію, які розробили та прийняли цілу низку директив, що регулюють діяльність компаній.

Метою цієї статті є визначення загальних тенденцій гармонізації та уніфікації корпоративного права ЄС як головних засобів усунення розбіжностей у законодавствах держав-членів.

Директиви є актами прямої дії, адресованими державам-членам. Однак вони обов'язкові тільки у відношенні поставлених у них цілей, і при цьому країни-члени мають свободу вибору методів (способів) їхнього досягнення. Отже, посправжньому єдиного регулювання на національному рівні за допомогою гармонізації досягнуто бути не може.

За період з 1976 року по 1984 рік було видано 6 важливих директив, які слугували основою для створення права компаній ЄС, що забезпечує захист прав учасників і третіх осіб. Перша Директива Ради ЄС була прийнята ще в 1968 році і стосувалася створення, ліквідації компаній, що є об'єднаннями капіталів, і визнання їх недійсними. Лише через вісім років була прийнята Друга Директива, предметом гармонізації якої були лише акціонерні товариства. Зокрема, у ній розкриваються такі питання, як створення АТ, підтримання і зміна розміру статутного капіталу. Далі були врегульовані процедури злиття і поділу акціонерних товариств усередині однієї країни — члена ЄС (Третя і Шоста Директиви). Четверта, Сьома та Восьма Директиви гармонізували вимоги щодо фінансової звітності компаній, що підлягає обов'язковій аудиторській перевірці.

Однак гармонізація національних законодавств була досягнута лише в тих сферах, де розходження в законодавствах країн-членів були найменшими і була можливість усунути розбіжності за допомогою міждержавних угод. Програма Співтовариств по зближенню законодавств зайшла в глухий кут після винесення Європейською комісією пропозиції проекту П'ятої Директиви, що стосується структури організації акціонерних товариств, а також участі робітників в управлінні компанією, і Дев'ятої Директиви про відносини усередині груп компаній і про відповідальність материнської компанії по боргах дочірньої компанії, що перебуває на території іншої держави — члена ЄС. У дійсності, ідея Європейської комісії в цих директивах виражалася вже не просто в гармонізації режиму захисту прав акціонерів і третіх осіб, а в «нав'язуванні» системи організації компанії і здійснення управління [1, 35].

Прийняття Третьої Директиви про злиття компаній на національному рівні стало основою для розробки проекту Десятої директиви про трансграничні злиття. Однак через те, що в проект було включено спірне положення про дотримання умов представництва і участі осіб, зайнятих по найму, Директива дотепер не прийнята.

У той же час в 1989 році було прийнято дві директиви — Одинадцята Директива про гармонізацію вимог по обов'язковому опублікуванню інформації відносно філій певних типів компаній і Дванадцята Директива, що є переважно рамковим документом, чим істотно відрізняється від раніше прийнятих і стосується створення компаній з обмеженою відповідальністю з одним учасником.

Щодо проекту Тринадцятої Директиви про поглинання і інші основні угоди по придбанню акціонерного капіталу компанії — робота над даним проектом велася протягом 10 років. В 2004 році в рамках ЄС закінчилася робота з узгодження проекту директиви регулюючі публічні поглинання компаній (спочатку — Тринадцята директива). Директива 2004/25/ЄС регулює пропозиції про покупку шляхом придбання акцій публічних компаній держав — членів ЄС, акції яких (всі або частково) допущені до обігу на регульованому ринку в одній або декількох країнах ЄС.

Проект Чотирнадцятої директиви вводить принцип, відповідно до якого держави-члени повинні прийняти всі необхідні міри, щоб компанії могли вільно переносити своє місцезнаходження на території ЄС, не втрачаючи при цьому своєї первісної правосуб'єктності й тим самим не створюючи нову юридичну особу [2].

Що стосується питання регулювання злиття і поглинання компаній, то тут варто визнати успіх законодавців ЄС. На справжній момент даному питанню більш детально присвячені Третя, Шоста Директиви, Директива про пропозицію про покупку 2004/25/ЄС, проект Десятої й Чотирнадцятої Директиви. Також не можна забувати про право конкуренції, яке супроводжує будь-яку значну концентрацію капіталу «масштабів ЄС», у тому числі за допомогою злиття і поглинань, і тут головним інструментом є Регламент про злиття компаній № 139/2004.

Із прийняттям Статуту Європейської компанії 8 жовтня 2001 року державам-членам удалося погодити свої позиції по багатьох ключових питаннях, що перешкождали подальшому розвитку корпоративного права ЄС.

У цілому за період роботи інститутів ЄС по гармонізації корпоративного законодавства вдалося перебороти розбіжності по багатьох важливих питаннях. Однак в основному вони стосувалися надання аналогічних або рівних гарантій у сфері захисту прав учасників (засновників) компанії й третіх осіб, що було недостатньо для досягнення основної мети — ефективності і конкурентоспроможності компаній на всій території Європейського Союзу.

Слід зазначити, що далеко не всіма фахівцями в галузі права ЄС шлях гармонізації визнається зручним і перспективним для створення єдиної системи регулювання діяльності компаній [3]. Так, зближення законодавчої бази не

звільняє компанії, що діють відповідно до норм різних правових систем держав — членів ЄС, від необхідності вибирати певну організаційну форму, що діє винятково в рамках національного права.

Уніфікація законодавства в ЄС здійснюється за допомогою прийняття регламентів, які розглядаються як «найбільш сильні і ефективні засоби інтеграційного будівництва» [4, 51]. Даний нормативно-правовий акт характеризується трьома основними властивостями:

- загальне застосування у всіх державах-членах, отже, поширюється на всі категорії громадян або організацій і регулює, таким чином, необмежену кількість правовідносин;
- обов'язковість у повному обсязі в кожній державі-члені;
- пряма дія, тобто не вимагає імплементації в національне право, діючи автоматично на всій території ЄС.

Таким чином, єдиним правовим актом — регламентом — одночасно встановлюються результат, форма і методи, що сприяє однаковому застосуванню норм у всіх державах-членах.

Спочатку дана форма правового зближення була використана інститутами Співтовариств для реалізації ідеї створення наднаціональних компаній, що формуються і діють відповідно до єдиних норм інтеграційного права, які функціонували б нарівні з національними формами.

Для полегшення кооперації між малими і середніми підприємствами в рамках створення загального ринку Рада ЄС прийняла 25 липня 1985 року Регламент, що засновує Європейське об'єднання по економічних інтересах (ЄОЕІ) [5]. Це була нова форма економічного співробітництва, що дозволила компаніям з різних країн-членів вести спільну господарську діяльність без здійснення операцій по злиттю або заснуванню нового підприємства. Слід зазначити, що до набрання чинності Регламентом дана форма була відома лише французькому законодавству, де за об'єднаннями по економічних інтересах (ОЕІ) визнавався статус юридичної особи.

Крім цього в цей час Європейською комісією розроблені й передані в Раду ЄС проекти регламентів, що містять статuti Європейської асоціації (ЕА) і Європейського товариства взаємодопомоги (ЕВО).

В 2001 році був прийнятий Статут Європейської компанії, робота над яким велася протягом майже 30 років. Завдяки цьому Регламенту юридичні особи, що здійснюють підприємницьку діяльність у декількох державах-членах, отримали змогу проводити злиття і функціонувати на всій території ЄС відповідно до однакових правових норм і уніфікованої системи керування і звітності. Таким чином, вони позбулися від необхідності створювати складну мережу дочірніх підприємств і філій, регульованих законодавствами різних держав, знижуючи значні фінансові витрати і уникаючи додаткових адміністративних процедур.

22 липня 2003 року був прийнятий регламент, що містить Статут Європейського кооперативного товариства (ЄКТ) [6], що протягом декількох років розроблявся і допрацьовувався інститутами ЄС. Після прийняття Статуту

Європейської компанії стало очевидним, що викладені в ньому загальні принципи, застосовні до акціонерних товариств, не можуть також регулювати і діяльність кооперативів. У свою чергу Устав ЄОЕІ, хоча і надає підприємствам можливість вести певну загальну діяльність, зберігаючи при цьому за учасниками їхню автономію, також не враховує специфіку регулювання кооперативів. Регламент, що містить Статут ЄКТ, набув чинності 18 серпня 2006 року.

Таким чином, створення організаційно-правових форм по праву ЄС реально сприяє рішення проблем мобільності компаній у масштабах Співтовариства і відкриває нові можливості для розвитку бізнесу в Європейському Союзі. Прикладом цього є створення в Європі 56 Європейських компаній, у тому числі Європейської компанії Allianz SE шляхом злиття найбільшої німецької страхової компанії Allianz AG і другий по величині італійської страхової компанії Riunione Adriatica di Sicurtà SpA; створення шляхом перетворення Європейської компанії Elcoteq SE, що займається виробництвом електронної техніки, і такої, що має свої дочірні підприємства більш ніж в 15 країнах світу. Виявлено зацікавленість у створенні Європейської компанії з боку ще 24 найбільших європейських компаній, у тому числі однієї з найбільших у світі сталеливарних компаній Arcelor S.A., найбільшої фінансової групи в Скандинавії і країнах Балтії — Nordea, що може стати першим банком, що виявив активний інтерес до нової структури ЄК, призначеної для того, щоб одержати максимальну вигоду від єдиного внутрішнього ринку ЄС в області надання банківських послуг. Вивчається можливість злиття з метою створення ЄК з боку французьких енергетичних гігантів Suez і Gaz de France, у результаті чого може з'явитися новий лідер у сфері енергетики. Активно використовується в господарському обороті форма ЄОЕІ, кількість яких у порівнянні з 1991 роком збільшилась більш ніж в 6 разів і становила на липень 2007 року 1400. Примітним є факт створення в Італії відразу після набрання чинності Регламентом про Статут ЄКТ першого в історії Європи ЄКТ — ESCOOP, що об'єднав італійської, фінської і іспанської організації [7, 41].

Юридичні особи, створені в одній з організаційно-правових форм, спеціально призначених для ведення підприємницької діяльності в масштабах Співтовариства, у перспективі можуть стати важливими суб'єктами економічної активності на ринку ЄС.

Крім заснування нових форм організації діяльності компаній, інститути ЄС застосували метод уніфікації і у рішенні такого складного питання, як процедура неспроможності (банкрутства) підприємств. 29 травня 2000 року був прийнятий Регламент № 1346/2000 [8], що регулює процедуру неспроможності (банкрутства). Регламент сприйняв положення Брюссельської конвенції від 23 листопада 1995 року, що так і не набула чинності через недостатню кількість ратифікацій. Даний Регламент, що набув чинності 31 травня 2002 року, підлягає прямому застосуванню без здійснення яких-небудь заходів для його імплементації в національне законодавство. Отже, інститути ЄС почали успішну спробу по регулюванню приватного питання функціонування компанії за допо-

могою створення єдиних норм, відійшовши від методу гармонізації, що застосовувався раніше. Аналогічним чином в 2002 році були введені і міжнародні норми ведення бухгалтерського обліку [9].

Дані факти дають підставу думати, що інститути і органи ЄС ідуть шляхом формування єдиного, а не загального корпоративного законодавства ЄС. Слід зазначити, однак, такий спосіб, так само як і директива, не є ідеальним, оскільки проміжок між початком робіт над розробкою проекту і набранням ним чинності занадто великий, що було відзначено в офіційній доповіді [10] Високої експертної групи в галузі корпоративного права, створеної ще у вересні 2001 року.

### Література

1. Jeanne Boucourechliev. Une societe de droit europeene. Paris, 1999. P. 35.
2. Проект Четырнадцатой директивы о переносе места нахождения компании со сменой применимого права от 20 апреля 1997 г. // Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht (ZIP). — 1997. — Официально не опубликован.
3. Viandier A. Free Movement and Mobility of Companies. European Commission «Acts of the Conference on Company Law and the Single Market», 15-16 Dec. 1997, Brussels.
4. Шемятенков В. Г. Европейская интеграция / В. Г. Шемятенков. М., 2003. С. 51.
5. № 2137/85, JOCE 1985 L 199.
6. Регламент № 1435/2003 от 22.07.2003 // Официальный вестник ЕС L 207 от 18.08.2003.
7. Юрьев М. Е. Европейская компания (Societas Europaea): новая организационно-правовая форма юридического лица по праву Европейского Союза (ЕС) в банковской сфере // Банковское право. 2007. № 5. С. 41.
8. JOCE 2000 L 160.
9. Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 1606/2000 от 19 июля 2002 года о применении международных норм бухгалтерского учета, JO L 243, 11.09.2002, p.1
10. Официальный доклад Высокой экспертной группы в области акционерного права от 4 ноября 2002 года, опубликованный на сайте ЕС [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/company/company](http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/company/company).

### Анотація

**Петренко В. С.** Програма гармонізації та уніфікації корпоративного права Європейського Союзу. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню загальних тенденцій та особливостей гармонізації та уніфікації корпоративного права Європейського Союзу, а також дослідженню наукових проблем щодо забезпечення принципу свободи заснування компаній на території ЄС, аналізу Директив у цій галузі та статутів європейських юридичних осіб.

**Ключові слова:** юридична особа, корпоративне право, Європейський Союз.

### Аннотация

**Петренко В. С.** Программа гармонизации и унификации корпоративного права Европейского Союза. — Статья.

Статья посвящена определению общих тенденций и особенностей гармонизации и унификации корпоративного права Европейского Союза, а также исследованию научных проблем по обеспечению принципа свободы учреждения компаний на территории ЕС, анализу Директив в этой области и уставов европейских юридических лиц.

**Ключевые слова:** юридическое лицо, корпоративное право, Европейский Союз.

### Summary

*Petrenko V. S.* Program harmonization and unification of the corporate law of the European Union. — Article.

The article is devoted to the identification of common trends and features of the harmonization and unification of the corporate law of the European Union, as well as the study of scientific problems for the principle of freedom of establishment of companies in the EU, the analysis of the Directives in this field and the statutes of the European legal entities.

*Keywords:* legal entity, corporate law, the European Union.

УДК 341.232.2:339.732.2

*Н. О. Якубовська*

### СВІТОВИЙ БАНК: ВІД РЕКОНСТРУКЦІЇ ДО РОЗВИТКУ

З початку третього тисячоліття проблеми розвитку та ліквідації бідності в глобальному масштабі зайняли важливе місце в порядку денному більшості держав світу. Це пояснюється тим, що ХХІ століття поставило перед людством серйозні завдання у сфері подальшого економічного і соціального прогресу, такі як необхідність викорінення крайньої бідності, припинення виснаження та забруднення навколишнього природного середовища, покладення краю расовій дискримінації, згладжування диспропорцій у соціально-економічному розвитку різних країн та регіонів тощо. Тому у 2000 році лідерами 189 країн було прийнято Декларацію тисячоліття ООН з метою подальшої співпраці та партнерства в ім'я миру, подолання бідності та захисту прав людини, іншими словами — створення кращого світу для всіх [1, 5]. Пізніше Декларація тисячоліття прийняла форму Цілей розвитку тисячоліття з конкретними термінами та індикаторами досягнення, що створило глобальну основу для міжнародного розвитку та політики з подолання бідності та її моніторингу [2, 305].

Багатостороннє співробітництво в напрямку сприяння розвитку та подолання бідності, звичайно, пройшло довгий шлях і розпочалося задовго до прийняття Декларації тисячоліття ООН. Хоча поняття «розвиток» тривалий час залишалося спірним інтелектуальним конструктом з незначним конкретним застосуванням. Лише з прийняттям у 1986 році Генеральною Асамблеєю ООН Декларації про право на розвиток воно зайняло основне місце в соціальній та економічній політиці держав і стало центром уваги багатьох міжнародних організацій [3, 49]. Саме тому Декларація про право на розвиток робила акцент на міжнародне співробітництво, чим визнано вплив, який чинить політика і практика розвинених країн на країни, що розвиваються, і одночасно вказує на те, що зобов'язання міжнародного співробітництва є взаємними [4]. Право на розвиток дає підстави для претензій, створює обов'язки і підзвітність та накладає відповідальність за діяльність у сфері розвитку як в національному, так і в міжнародному масштабі. Так, на національному рівні держава повинна прий-

няти політику у сфері розвитку, спрямовану на реалізацію всіх прав людини; на міжнародному рівні — всі держави повинні співпрацювати з метою досягнення розвитку.

Сьогодні, коли добробут величезної кількості людей по всьому світу залежить від рішень міжнародних фінансових організацій, таких як Міжнародний валютний фонд, Світовий банк і Світова організація торгівлі, велика увага має приділятися їхній політиці в галузі розвитку на національних та міжнародному рівнях. Роль міжнародних фінансових організацій у реалізації права на розвиток особливо потребує перегляду саме тепер, під час фінансово-економічної кризи, коли можливість цих установ безпосередньо втручатися в розвиток світової економіки може істотно вплинути на рівень економічного і соціального розвитку більшості країн світу.

Питання ефективності міжнародного співробітництва з метою сприяння розвитку піднімаються в роботах А. Х. Абашидзе, А. Я. Капустіна, В. О. Карташкіна, Ю. М. Колосова, І. І. Лукашука, С. О. Малініна, С. В. Маслової, Г. І. Тункіна, С. В. Черниченко, М. Л. Ентіна, І. В. Братко, М. Беджауї, К. Васака, Х. Лаутерпахта, О. Риверо, М. Яссена та інших. Найчастіше дана проблема розглядається в контексті принципу права на розвиток у сучасному міжнародному праві.

У даній статті аналізується роль діяльності Світового банку як однієї з найвпливовіших міжнародних фінансових організацій, що займаються координацією і стимулюванням зусиль розвинених країн з надання допомоги країнам, що розвиваються. Можна констатувати той факт, що Група Світового банку є найбільш важливою міжнародною фінансовою установою, яка бере участь у зусиллях з розвитку та боротьби з бідністю. Як колись сказав колишній президент Сполучених Штатів Герберт Гувер, «неможливо обговорювати мир у всьому світі, поки не вжито адекватних заходів для зменшення страху голоду» [5, 94].

Здатність Світового банку мобілізувати велику кількість капіталу, разом з авторитетом і досвідом, справляє значний вплив на політику допомоги «багатих» країн і політику в галузі розвитку «бідних» країн. Його діяльність є одною з найвпливовіших у світі платформ для посилення зусиль розвинених країн щодо допомоги країнам, що розвиваються. Роль Банку у підготовці кадрів, консультації та технічна підтримка, що ним надаються, дозволяють йому надавати форму зусиллям в області розвитку країн, що розвиваються. Інститут економічного розвитку Світового банку, виїзні місії Банку, допомога в підготовці та реалізації проектів — все це сприяє заохоченню такої внутрішньої політики країн, що розвиваються, без якої ніяка зовнішня допомога не принесе свої плоди. Слід також додати, що у відповідь на критику Банк став більш відкритою установою, готовою надавати інформацію і вступати у діалог з неурядовими організаціями.

Обґрунтування нинішньої глобальної моделі економічного розвитку вперше було зроблено президентом США Гарі Труменом в 1949 році у його інавгураційній промові перед Конгресом, в якій він згадав важкі умови життя в бідних

країнах, що вперше були позначені, як «слаборозвинені» («underdeveloped areas») [6].

Хоча сьогодні існування такої організації, як Світовий банк, сприймається як належне, так було не завжди. Після Другої світової війни, коли британський і американський уряди будували плани з розвитку післявоєнної економіки, про створення Світового банку мова практично не йшла. Вся увага була зосереджена на Міжнародному валютному фонді. Коли учасники Бреттон-Вудської конференції все ж звернулися до ідеї створення Банку, вони були налаштовані вкрай консервативно. Кредитний потенціал Банку зводився до того, що він міг фінансуватися лише за рахунок облігацій, випущених на ринку приватного капіталу. У творців Бреттон-Вудських установ не було уявлення про реальні потреби менш розвинених країн, а також роль, яку Банк повинен відіграти в їх задоволенні. Банк був задуманий як установа для відновлення (реконструкції). Слово «розвиток» навіть не було присутнє в першому проекті Гаррі Уайта, представленому в міністерстві фінансів США [7, 63].

Виправлення цих недоліків забрало у Світового банку багато років. Спочатку роль Банку в якості агента реконструкції замінив План Маршалла. У 1950-х роках, коли Банк, нарешті, зосередився на менш розвинених країнах, незначність його ролі пояснювалася залежністю від ринку приватного капіталу. Банк фінансував тільки проекти, що обіцяють прибуток, достатній для погашення первинних інвестицій, що покривають витрати тільки в іноземній валюті й зосереджені на традиційних «суспільно корисних» інвестиціях в електроенергетику і транспорт. Позики Банк надавав тільки на комерційних умовах — з ринковими відсотковими ставками та графіком погашення від десяти до двадцяти років. Однак навіть в ці перші роки діяльність Банку не можна вважати несуттєвою. Після дефолту міжнародних облігацій в міжвоєнний період сумнівно, що ринок капіталу в США міг би в черговий раз піднятися без Світового банку в якості посередника. Облігації Світового банку, що представляли різноманітний пакет інвестицій, здійснюваних під досвідченим і розумним керуванням, а також під гарантії державних запозичень і капіталу, отриманого за передплатою Американської держави, незабаром розглядалися на Уолл-стріт як першокласні інвестиції. Поступово, у міру відновлення Європи після Другої світової війни і формування в США дефіциту платіжного балансу, Банк диверсифікував свої операції з позиками. З кінця 1960-х років збільшення коштів Банку в значно більшій мірі забезпечувалося європейськими державами, ніж США [7, 64].

Роль Банку в стимулюванні припливу приватного капіталу було розширено за рахунок створення двох підрозділів — Міжнародної фінансової корпорації, яка сприяє вкладенню державних коштів в акціонерний капітал приватних підприємств в менш розвинених країнах, та Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів, що є арбітражем для вирішення спорів між іноземними інвесторами та урядами. Можливо, зростання припливу приватного капіталу в країни, що розвиваються, стало найважливішим досягненням Світового банку в сфері зусиль у галузі розвитку.

Успіхи в справі мобілізації та заохочення припливу приватного капіталу для розвитку можна в першу чергу приписати Юджину Блеку (Президент Банку з 1949 по 1962 рік) і Джорджу Вудсу (Президент Банку з 1963 по 1968 рік). Під час їх президентства еволюціонування Банку не обмежалося «економічно обґрунтованими» інвестиціями. Значним досягненням стало створення Міжнародної асоціації розвитку (МАР) як підрозділу для надання «м'яких кредитів» — довгострокових кредитів за номінальними процентними ставками. Саме зі створенням МАР в 1960 році держави — члени Світового банку, нарешті, визнали неадекватність первісної концепції, прийнятої в Бреттон-Вудсі, яка зробила Банк майже повністю залежним від ринку приватного капіталу.

У середині і наприкінці 1960-х років Банк і МАР надавали позики під конкретні проекти, покривали витрати, пов'язані з валютними курсами, і просулися в нові галузі, такі як сільське господарство та освіта. Пізніше Банк розширив свою діяльність, щоб охопити проекти в галузі охорони здоров'я та планування сім'ї. Для реалізації проектів у цих сферах, Банк почав працювати в тісній співпраці з такими установами, як ЮНЕСКО, Продовольча та сільськогосподарська організація ООН, Всесвітня організація охорони здоров'я, Програма розвитку ООН та Фонд ООН в області народонаселення. Цим та іншими способами Банк виправив свою первісну ізольованість від системи ООН.

Під час президентства Роберта Макнамари в 1970-х роках характер діяльності Банку змінився ще більше. Центр його уваги вийшов за рамки суто економічного розвитку і включив у себе скорочення бідності, доступ бідних верств населення до освіти, медичного обслуговування та послуг з планування сім'ї. Пізніше, під головуванням Джеймса Вулфенсона, Банк значно збільшив свою допомогу в таких сферах, як управління водними ресурсами, ефективне використання енергії та боротьба з ВІЛ-СНІД. Банк став координатором Глобальної програми захисту навколишнього середовища (Global Environment Facility, GEF) у співпраці з Програмою розвитку ООН та Програмою ООН з навколишнього середовища. Метою програми захисту навколишнього середовища є надання ресурсів для підтримки реалізації міжнародних угод з питань зміни клімату, біорізноманіття, захисту озонового шару і зусиль по боротьбі із забрудненням морського середовища.

Під керівництвом Джеймса Вулфенсона в 1999 році Банком були прийняті «Рамки всеосяжного розвитку» (The Comprehensive Development Framework), які закликали держави не тільки до ефективної макроекономічної політики, а й створення більш дієвих державних інститутів, боротьби з корупцією та в цілому просування верховенства права.

З Робертом Зелліком, що зайняв пост Президента Світового банку в середині 2007 року, Група Світового банку продовжила сприяти подоланню бідності, прискоренню економічного зростання з одночасним захистом навколишнього середовища, а також створенню нових можливостей для людей [8].

Внесок Банку у справу розвитку вимірюється не тільки його фінансовими операціями. Він послужив натхненником і моделлю для створення та зміцнення регіональних банків розвитку в країнах Латинської Америки, Африки, Азії

та Європи. Його консорціум і консультативні групи об'єднали країни-донори і координують їхню допомогу з підтримки міжнародного плану розвитку. Така багатостороння координація двосторонніх програм допомоги в даний час є важливим елементом міжнародного співробітництва в цілях розвитку і значним доповненням до діяльності Комітету сприяння розвитку ОЕСР.

Звичайно, у роботі Банку є й недоліки. Так, наприклад, широкий порядок денний призводить до втрати фокусу і розмивання цілей організації. Крім того, сьогодні Банк, як і МВФ, зіткнувся з проблемою підвищення свого авторитету як міжнародної організації і намагається надати більше право голосу країнам, що розвиваються, і зробити процес вибору Президента Банку більш відкритим. Без сумніву, і обсяг допомоги, що надається країнам, що розвиваються, як і раніше залишається невеликим, а їхні економічні показники є неоднозначними. Те, що раніше називали «третім світом», сьогодні являє собою країни з абсолютно різним рівнем і потенціалом розвитку. Китай, Індія, Корея, Тайвань, Сінгапур та інші азіатські країни відрізняються феноменальним економічним зростанням і являють собою частину світової економіки, що розвиваються найбільш динамічно. Економіки Мексики, Чилі і Бразилії так само стали більш усталеними. Навіть деякі країни Африки досягли досить стійких темпів економічного зростання. Одночасно економіки багатьох країн на південь від Сахари зіткнулися з багаторічною стагнацією або навіть економічним спадом.

Все це говорить про те, що ніяка допомога з боку міжнародних фінансових інститутів не може вирішити проблему розвитку без індивідуального підходу до країн-реципієнтів, як це робить Світовий банк. Здатність Світового банку мобілізувати більшу кількість капіталу, його авторитет і досвід значно впливають на політику в галузі розвитку, як розвинених країн, так і країн, що розвиваються, навіть в умовах фінансово-економічної кризи, що доповнюється так званою «втомою допомагати» («aid fatigue»), коли суми офіційної допомоги розвинених країн на розвиток постійно скорочуються.

Підсумовуючи, хочеться відмітити, посиляючись на зауваження Пола Хоффмана, висловлене щодо Плану Маршалла, що як «тільки європейці можуть врятувати Європу» [9], так прогрес країн, що розвиваються, в першу чергу залежить від їх власних зусиль. Лише їх бажання слідувати стратегії підвищення рівня добробуту, встановлювати реалістичні обмінні курси та процентні ставки, надавати стимули для вітчизняних та іноземних інвесторів, планувати сім'ї та охороняти навколишнє середовище, обирати менш корумпований і більш відповідальний уряд може забезпечити їм краще майбутнє.

Тому сьогодні, під час початку другої хвилі світової економічної кризи, міжнародні зусилля в галузі розвитку повинні, насамперед, зосередитися на створенні умов, які стимулюватимуть національні прагнення в галузі розвитку. Для того щоб відновити докризову тенденцію розвитку і домогтися прогресу на шляху до досягнення сталого розвитку в усьому світі, міжнародне співробітництво в галузі розвитку має здійснюватися таким чином, щоб не підривати національну економічну політику, не наносити їй шкоди, а доповнювати і підтримувати.

### Література

1. Декларація тисячоліття Організації Об'єднаних Націй (8 вересня 2000 року), A/RES/55/2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/53/PDF/N0055953.pdf?OpenElement>.
2. MacNaughton G. Decent Work, Human Rights, And The Millennium Development Goals / G. MacNaughton, D. Frey // *Hastings Race & Poverty Law Journal*. — 2010. — Vol. 7, N 2. — P. 303–343.
3. Chauffour J.-P. The Power of Freedom, Uniting Human Rights and Development / J.-P. Chauffour. — Washington DC : CATO Publishing, 2009. — 197 p.
4. Декларація Організації Об'єднаних Націй про право на розвиток (4 грудня 1986 року), A/RES/41/128 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/right\\_to\\_development.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/right_to_development.shtml).
5. Lauren P. G. The Evolution of International Human Rights / P. G. Lauren. — University of Pennsylvania Press, 2003. — 416 p.
6. U.S. President Harry Truman Inaugural Address (January 20, 1949) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.trumanlibrary.org/calendar/viewpapers.php?pid=1030>.
7. Gardner R. N. The Bretton Woods-GATT System After Sixty-Five Years: A Balance Sheet of Success and Failure // *Columbia Journal of Transnational Law*. — 2008. — Vol. 47, N 31. — P. 32–71.
8. A Challenge of Economic Statecraft, Robert B. Zoellick, President of The World Bank Group Center for Global Development, Washington D.C. (Apr. 2, 2008) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://web.worldbank.org>.
9. Oral History Interview with Paul G. Hoffman, Administrator, Economic Cooperation Administration, 1948-1950, in N.Y., N.Y. (Oct. 25, 1964) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.trumanlibrary.org/oralhist/hoffman.htm>.

### Анотація

*Якубовська Н. О.* Світовий банк: від реконструкції до розвитку. — Стаття.

У статті аналізується діяльність Світового банку з координації та стимулювання зусиль розвинених країн з надання допомоги країнам, що розвиваються. Висвітлено еволюцію цілей Світового банку з фінансування виключно прибуткових проєктів до мобілізації та заохочення припливу приватного капіталу для розвитку та боротьби з бідністю у країнах, що розвиваються. Вивчено внесок керівників установи у розширення сфер діяльності Банку.

*Ключові слова:* Світовий банк, міжнародне співробітництво, розвиток.

### Аннотация

*Якубовская Н. А.* Всемирный банк: от реконструкции к развитию. — Статья.

В статье анализируется деятельность Всемирного банка в области координации и стимулирования усилий развитых стран в оказании помощи развивающимся странам. Освещена эволюция целей Всемирного банка от финансирования исключительно прибыльных проектов до мобилизации и поощрения притока частного капитала для развития и борьбы с бедностью в развивающихся странах. Изучен вклад руководителей учреждения в расширение сфер деятельности Банка.

*Ключевые слова:* Всемирный банк, международное сотрудничество, развитие.

### Summary

*Yakubovska N. O.* World Bank: From Reconstruction to Development. — Article.

The article examines the World Bank's activities in coordination and promotion of the developed countries' efforts in their support of the developing countries. It covers the evolution of the World Bank's objectives from financing of the exclusively profitable projects to the mobilization and encouragement of private capital flows for development and poverty reduction in developing countries. The contribution of the World Bank's heads in the expanding of the Bank's activities is also studied.

*Keywords:* World Bank, international cooperation, development.

## ПРАВОВА ПРИРОДА ЗВОДУ ЗВИЧАЇВ МОРСЬКОГО ПОРТУ

У ст. 78 Кодексу торговельного мореплавства (далі — КТМ) встановлено, що одним з повноважень начальника морського порту є видання зводу звичаїв морського порту. Інші положення, які б стосувались безпосередньо зводу звичаїв морського порту, в КТМ відсутні. Відсутність достатнього правового регулювання, визначення статусу та юридичної сили зводу звичаїв морського порту може призвести на практиці до проблем, пов'язаних з правильним застосуванням відповідних положень різними суб'єктами, зокрема, й суб'єктами господарювання.

Основна проблема такого стану пов'язана, передусім, з відсутністю спеціальних наукових досліджень щодо визначення правової природи зводу звичаїв морського порту, його місця серед інших джерел права, зокрема, джерел господарського права.

Достатньо активно досліджували правову природу звичаїв загалом та співвідношення його з іншими джерелами права такі вчені, як Ю. М. Оборотов, О. Ф. Скакун, В. В. Форманюк, О. А. Васянович, С. С. Павлов, Т. О. Піскун, С. О. Погрібний та інші. Серед вчених-господарників, що торкалися морської тематики, слід відзначити О. П. Подцерковного, С. Б. Мельник, О. А. Квасницьку, К. С. Письменну та інших. Разом із тим питання правової природи Зводу звичаїв морського порту з погляду регулюючого впливу на економічні відносини потребують окремого системного аналізу.

Метою даної статті є з'ясування правової природи зводу звичаїв морського порту, належність цього джерела права до джерел господарського права, визначення питання щодо обов'язковості положень зводу звичаїв морського порту.

Перед тим як безпосередньо перейти до аналізу зводу звичаїв морського порту, треба зазначити, що морський порт за діючим законодавством визначається в якості державного підприємства, водночас в деяких випадках в КТМ та інших законодавчих актах це поняття вживається в значенні цілісного майнового комплексу або спеціальної території.

Статус морського порту як суб'єкта права є двоаспектним: з одного боку, порт — як інші суб'єкти господарювання — державні підприємства — надає послуги, забезпечує виконання робіт й провадить іншу господарську діяльність, з іншого боку, порт, в особі начальника порту й капітана порту, має певні адміністративні повноваження щодо забезпечення безпеки мореплавства, притягнення осіб до адміністративної відповідальності тощо.

Як вже було зазначено вище, звід звичаїв морського порту видається начальником морського порту. На сьогоднішній день в Україні існує 18 морських торговельних портів, однак використаємо для аналізу Звід звичаїв Одеського морського торговельного порту (далі — Звід звичаїв ОМТП), затверджений наказом начальника ДП «ОМТП» № 238 від 16 квітня 2008 року [1] та

Звід звичаїв Іллічівського морського торговельного порту (далі — Звід Звичаїв ІМТП), затверджений наказом начальника ДП «Іллічівський морський торговельний порт» № 1299 від 15 листопада 2006 року [2].

По-перше, треба визначити місце зводу звичаїв у системі джерела права. З назви аналізованого поняття можна зробити висновок, що цей акт необхідно відноситися до правового звичаю. На підтвердження цієї думки свідчить те, що як Звід звичаїв ОМТП, так і Звід звичаїв ІМТП затверджені Одеською регіональною торговельно-промисловою палатою, а відповідно до ч. 3 ст. 14 Закону України «Про торгово-промислові палати» на Торгово-промислову палату України (й відповідно на її регіональні осередки — автор) покладений обов'язок засвідчувати, зокрема, торговельні та портові звичаї, прийняті в Україні. Однак текстуально закріплена назва певного явища не завжди підтверджує його природу, тож доцільно звернутися до загальнотеоретичних положень щодо правового звичаю з метою остаточно визнати Звід звичаїв морського порту правовим звичаєм.

У літературі під звичаєм розуміють правило поведінки, що склалося внаслідок фактичного його застосування протягом довгого періоду часу. Правовий звичай визначається як звичай, що отримав санкцію держави й визнається внаслідок цього в якості джерела права [3, 267]. Виокремлюють дві форми санкціонування норм-звичаїв державними органами: 1) судові чи адміністративні рішення; 2) нормативні приписи законодавчого акта — санкціонування здійснюється шляхом включення звичаю в законодавчі акти держав [4, 434]. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Зводу звичаїв ОМТП, Звід звичаїв ОМТП містить в собі ті правила, що склалися і вживані в порту, обумовлені технологією навантажувально-розвантажувальних робіт при обслуговуванні суден, вантажів і пасажирів. Подібним чином, відповідно до п. 1.1 Зводу звичаїв ІМТП, даний звід містить у собі правила обслуговування суден і вантажів, які склалися й застосовуються в Іллічівському морському торговельному порту. Враховуючи наведені аргументи й теоретичні положення, можна було б дійти висновку, що звід звичаїв морського порту є правовим звичаєм.

Разом з тим такий висновок доречно спростувати з таких причин.

У разі включення певних звичаєвих норм до змісту нормативно-правового акту, прийнятого компетентними органами держави, ці норми перестають бути звичаєвими. На начальника порту закон поклав певні владні повноваження, тобто він є суб'єктом владних повноважень — суб'єктом, якого держава наділила правом, зокрема, видавати певні акти — обов'язкові постанови по порту й звід звичаїв морського порту.

Санкціонування звичаю ще не означає відтворення його норм (правил поведінки) у законі чи іншому нормативно-правовому акті. З іншої сторони, широке застосування звичаю на практиці може призвести у його перетворення на нормативне положення шляхом закріплення у законі відповідних правил поведінки. Наприклад, звичай піклування про дітей був санкціонований у ряді судових рішень та вироків, а потім став нормою закону [5, 70]. О. А. Васянович, класифікуючи способи санкціонування звичаїв, не наводить жодного спо-

собу, який би полягав у включенні правил звичаю у текст законодавчого акта [5, 70–71]. За аналогією санкціонування міжнародного договору державою не означає включення його норм до тексту законодавчих актів, в той же час, якщо відповідні положення були інкорпоровані в національне законодавство, вони стають саме нормами відповідного законодавчого акта, а не залишаються нормами міжнародного договору.

В обґрунтування обраної позиції слід також навести думку В. В. Форманюк, яка, досліджуючи співвідношення локальних норм та звичаїв, справедливо зазначає, що «якщо локальні норми завжди містяться в конкретних нормативних актах і викладаються в писемній формі, то норми звичаїв не наділяються в такі форми. Пронизуючи собою сфери духовного і громадського життя, приймаючи їх і роблячи на них регулюючий вплив, містяться лише у свідомості людей і передаються в усній формі з покоління в покоління» [6, 66].

Не зупиняючись лише на формі вираження норм зводу звичаїв морського порту, треба зазначити, що Звід звичаїв ОМТП та Звід звичаїв ІМТП містять не лише «колишні» звичаєві норми. Так, у ст. 4 Зводу звичаїв ОМТП прямо зазначено, що «Звід звичаїв порту розроблений на підставі: Кодексу торговельного мореплавства України; Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»; Статуту Одеського морського торговельного порту; Обов'язкових постанов по Одеському морському торговельному порту; міжнародної практики роботи морських портів; інших нормативно-правових актів України і міжнародних угод, що регламентують взаєностосунки, передбачені ст. 2 ЗЗП. У свою чергу, відповідно до п. 1.4. Зводу звичаїв ІМТП, Звід звичаїв ґрунтується на: міжнародній практиці роботи морських портів; чинному законодавстві України; статуті державного підприємства «Іллічівський морський торговельний порт»; обов'язкових постановах по Іллічівському морському торговельному порту. Цей факт ще раз підтверджує, що звод звичаїв морського порту не може відноситись до такого джерела права, як правовий звичай, оскільки значна частина зводу звичаїв ґрунтується на інших нормативно-правових актах, разом з тим треба визначити, що доля звичаєвих норм у зводі звичаїв морського порту наявна, враховуючі, що звод звичаїв ґрунтується, зокрема, на міжнародній практиці роботи морських портів [1, 2].

Щодо місця Зводу звичаїв морського порту як нормативно-правового акта у системі інших правових актів, то треба визначити, що він займає проміжне місце між підзаконними нормативно-правовими актами місцевого рівня та локальними актами. Якщо дія перших обмежена територією певної адміністративно-територіальної одиниці, а других — посадовими особами та найманими працівниками, то дія Зводу звичаїв морського порту поширюється, по-перше, на територію морського порту, а по-друге, на морський порт-суб'єкт, посадових осіб морського порту та суб'єктів господарювання, що провадять господарську діяльність у морському порту. Доцільно визнавати звод звичаїв морського порту в якості локального нормативно-правового акта.

При аналізі змісту зводу звичаїв морського порту вбачається, що велика кількість його норм спрямована на регулювання саме господарської діяльності

та господарських відносин. Так, наприклад, Звід звичаїв ОМТП та Звід звичаїв ІМТП визначають, зокрема, режим роботи порту (що беззаперечно впливає на здійснення господарської діяльності й іншими суб'єктами у цьому порту), містить положення щодо здійснення діяльності з перевалювання та зберігання вантажів, положення відносно робіт та послуг, які можуть надаватися морським портом, положення, що стосуються визначення сталійного часу судна, демереджу (плата за затримку судна в порту понад сталійний час), диспачу (премія за економію сталійного часу). Таким чином, звід звичаїв морського порту слід відносити до джерел господарського права специфічного типу.

Санкціонування зводу звичаїв морського порту регіональною торгово-промисловою палатою не перетворює цей нормативний акт на звичай, проте є актом його легітимації та слугує реалізації спеціальногалузевої функції господарського права на узгодження приватних та публічних інтересів (детальніше про цю функцію див. [7]). Прийняття зводу звичаїв начальником морського порту, який виступає в якості суб'єкта, що наділений державою владними повноваженнями, виражає публічні інтереси, санкціонування ж зводу звичаїв морського порту торгово-промисловою палатою як форми об'єднання суб'єктів господарювання виражає інтереси підприємців, що провадять діяльність в порту, тобто приватні інтереси. Отже, вбачається позитивним запропонована в ч. 3 ст. 9 Проекту Закону про морські порти України (зареєстрований за № 9712 від 16 січня 2012 року) (далі — законопроект) норма, яка визначає, що звід звичаїв морського порту завіряється Торгово-промисловою палатою [8]. В той же час у законопроекті відсутні положення, які б вказували на нечинність зводу звичаїв морського порту у разі їх незатвердження Торгово-промисловою палатою, тож доцільно було б подібні положення закріпити.

Ще одним питанням, яке необхідно вирішити є питання обов'язковості положень зводу звичаїв морського порту. На теперішній час «сила» положень аналізованого нормативного акта та порядок їх застосування визначається у самому зводі звичаїв морського порту (тобто на розсуд начальника морського порту). Так, наприклад, відповідно до статті 3 Зводу звичаїв ОМТП цей звід застосовується у таких випадках: відсутність договору морського перевезення; відсутність в договорі або іншому документі, що є його складовою частиною, правил, що стосуються врегулювання відносин, обумовлених в ст. 2 Зводу звичаїв порту; посилання на них в договорі морського перевезення або іншому договорі або іншому документі; в усіх інших випадках, передбачених спеціальними доповненнями і змінами, виданими належним чином. Тобто фактично в даному випадку передбачена диспозитивність норм Зводу звичаїв ОМТП (що не відповідає дійсності, оскільки, як вже було зазначено вище, норми Зводу звичаїв морського порту в значній мірі базуються на нормах діючих нормативно-правових актів вищої юридичної сили, деякі з яких є імперативними). Водночас відповідно до п. 1.2 Зводу звичаїв ІМТП «звід звичаїв застосовується незалежно від наявності посилання на нього в договорах, угодах з користувачами послуг. Дія цього зводу звичаїв розповсюджується на причали, перевантажувальні комплекси, термінали будь-якої

форми власності, розташовані в акваторії порту». З аналізу цих положень вбачається, що в даному випадку йдеться саме про імперативний характер норм Зводу звичаїв ІМТП.

Слід враховувати, що залишення питання щодо обов'язковості норм зводу звичаїв морського порту на розсуд його начальника може впливати на стабільність господарської діяльності та господарських відносин у порту. Тож доцільно було б на рівні закону встановити правила застосування норм зводу звичаїв морського порту, що й пропонується у вже згадуваному Проекті Закону про морські порти України (зареєстрований за № 9712 від 16 січня 2012 року). Однак у цьому законопроекті правила щодо застосування норм Зводу звичаїв морського порту мають дещо несистемний характер, оскільки стосуються лише, по-перше, обов'язку дотримуватися цих норм власників (користувачів) земельних ділянок, включених до території морського порту, по-друге, щодо обов'язкового поширення цих норм на договори морського перевезення [8]. Разом з тим господарська діяльність у морського порту не вичерпується лише відносинами власності на земельні ділянки й договорами морського перевезення, так само як і положення зводу звичаїв морського порту. В якості прикладу можна навести договір щодо перевалювання вантажів, де використовуються положення, що стосуються розрахунку сталійного часу, які містяться й в зводі звичаїв морського порту.

На думку автора цієї статті, доцільно було б встановити такі правила щодо обов'язковості норм Зводу звичаїв морського порту. Норми, які безпосередньо стосуються функціонування морського порту або відносин між портом-суб'єктом чи посадовими особами порту, з одного боку, та суб'єктом господарювання, з іншого боку, повинні мати імперативний характер. Водночас норми, що стосуються зобов'язальних відносин, у яких порт не приймає безпосередню участь, повинні мати диспозитивний характер. Це сприяло б, з одного боку, стабільності господарської діяльності у порту (оскільки імперативні норми обмежували б розсуд порту як суб'єкта владних повноважень), з іншого боку, надавало б свободу дій суб'єктам господарювання, які здійснюють діяльність у порту, що дозволило б їм досягати кращих господарських результатів.

**Висновки.** Звод звичаїв морського порту є локальним нормативно-правовим актом, норми якого поширюється, по-перше, на територію морського порту, а по-друге, на морський порт-суб'єкт, посадових осіб морського порту та суб'єктів господарювання, що провадять господарську діяльність у морському порту.

Звод звичаїв морського порту є джерелом господарського права, оскільки містить регулятивні положення, які регулюють господарську діяльність та господарські відносини, що виникають у морському порту.

Обов'язковість норм зводу звичаїв морського порту на теперішній час встановлюється у самому зводі звичаїв морського порту, тобто залежить від розсуду начальника морського порту. З метою забезпечення стабільності господарської діяльності в морському порту пропонується розробити та системно закріпити на законодавчому рівні положення, які б визначали правила щодо обов'язковості норм зводу звичаїв морського порту.

### Література

1. Звід звичаїв Одеського морського торговельного порту : затв. Наказом начальника Державного підприємства «Одеський морський торговельний порт» № 238 від 16 квіт. 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.port.odessa.ua/about-port/regulatory-documentation/>
2. Звід звичаїв Іллічівського морського торговельного порту : затв. Наказом начальника Державного підприємства «Іллічівський морський торговельний порт» № 1299 від 15 листоп. 2006 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ilport.com.ua/ckfinder/userfiles/files/ЗВІД%20ЗВИЧАЇВ.pdf>
3. Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Норма, 2004. — 832 с.
4. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Оспада, 2005. — 840 с.
5. Васянович О. А. Теоретичні аспекти класифікації правових звичаїв // Держава і право: Юридичні і політичні науки. — 2008. — Вип. 41. — С. 69–74.
6. Форманюк В. В. Співвідношення локальних норм та звичаїв // Актуальні проблеми політики. — 2011. — Вип. 43. — С. 64–68.
7. Дабіжка Я. І. Узгодження приватних та публічних інтересів як спеціальнопорядкуєва функція господарського права // Сучасна цивілістика : тези наук. робіт учасників VII Міжпар. цивіліст. наук. конф. студентів, аспірантів та молодих вчених (30 берез. 2012 р.). — О., 2012.
8. Проект Закону про морські порти України № 9712 від 16.01.2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511-42340](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511-42340)

### Анотація

*Драпайло Ю. З. Правова природа зводу звичаїв морського порту. — Стаття.*

У статті досліджується правова природа Зводу звичаїв морського порту як джерела права, його співвідношення з іншими джерелами права. Розглядається питання обов'язковості положень Зводу звичаїв морського порту та наводяться пропозиції щодо вдосконалення законодавства. Обґрунтовується, що Звод звичаїв морського порту регулює господарські відносини, отже є джерелом господарського права.

*Ключові слова:* звод звичаїв морського порту, морський порт, локальний нормативно-правовий акт, господарське право.

### Аннотация

*Драпайло Ю. З. Правовая природа свода обычаев морского порта. — Статья.*

В статье исследуется правовая природа свода обычаев морского порта как источника права, его соотношение с иными источниками права. Рассматривается вопрос обязательности положений свода обычаев морского порта и вносятся предложения относительно усовершенствования законодательства. Обосновывается, что Свод обычаев морского порта регулирует хозяйственные отношения, а значит, является источником хозяйственного права.

*Ключевые слова:* свод обычаев морского порта, морской порт, локальный нормативно-правовой акт, хозяйственное право.

### Summary

*Drapaylo Y. Z. Legal character of code of customs of seaport. — Article.*

Legal character of code of customs of seaport and its correlation with another sources of law are examined in the article. The problem of mandatory of provisions of Code of customs of seaport is analysed in the article and the author makes suggestions for improvement of the legislation. Author grounds that Code of customs of seaport regulates economic relationship, and so is the source of economic law.

*Keywords:* Code of customs of seaport, seaport, local standard act, economic law.

### ПРОБЛЕМА ЕФЕКТИВНОСТІ ВИКОРИСТАННЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Ефективність захисту прав суб'єктів господарювання від порушень залежить від обраного способу захисту, оскільки ним зумовлюється реальність відновлення порушеного права, суб'єкт, який уповноважений застосовувати такі способи захисту порушеного права, а також порядок захисту в цілому.

Значення способів захисту прав суб'єктів господарювання істотно зростає у зв'язку з підвищенням ролі правових засобів у нормативній регламентації сфери господарювання. Способи захисту прав суб'єктів господарювання, закріплені в законодавстві, мають розглядатися як один із діючих важелів механізму господарювання, що справляють значний вплив на ефективність господарської діяльності. Способи захисту порушених прав суб'єктів господарювання набувають все більшої актуальності у зв'язку з оновленням господарського законодавства, дією Господарського кодексу України (надалі — ГК) [1], трансформацією самих способів в умовах розвитку ринкової економіки.

Спосіб захисту прав втілює безпосередню мету, якої прагне досягти суб'єкт захисту, вважаючи, що таким чином буде припинене порушення (чи оспорювання) його прав, він компенсує витрати, що виникли у зв'язку з порушенням його прав, або в інший спосіб нівелює негативні наслідки порушення його прав [2, 245].

Аналіз способів захисту показує, що їх роль і значення не однакові. Кожен спосіб захисту прав суб'єктів господарювання має свої особливості.

Аналіз наукової літератури свідчить, що окремі аспекти проблеми захисту прав суб'єктів господарської діяльності були предметом дослідження багатьох учених-юристів: О. П. Подперковного, О. А. Беляневич, Я. П. Зейкан та інших.

Метою цієї статті є аналіз ефективності застосування існуючих способів захисту прав суб'єктів господарювання та ступінь захищеності прав та інтересів суб'єктів господарювання.

Частина 2 ст. 20 ГК називає 11 універсальних способів захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, а їхній перелік не має вичерпного характеру.

Що ж до інших способів захисту прав суб'єктів господарювання, передбачених законами, можна назвати, наприклад, отримання дозволу на узгоджені дії (ст. 10 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [3]), визнання незаконною бездіяльність органу державної влади (ст. 16 Цивільного кодексу України), визнання правочину дійсним (ст. ст. 219–221, 226 Цивільного кодексу України [4]).

Важливо, щоб той чи інший обраний спосіб захисту був передбачений законом або договором [5, 130]. Таку саму думку висловлено в ст. 7 Проекту Кодексу господарського судочинства № 2777 від 16 липня 2008 р.: «Здійснюючи пра-

восуддя, господарський суд захищає права, свободи та інтереси суб'єктів господарювання — фізичних і юридичних осіб, держави, у спосіб, визначений законом або договором» [6]. Та чи буде позитивною зміною надання можливості суб'єктам господарювання передбачати способи захисту прав договором? Адже в договорі можна передбачити будь-який спосіб захисту. Та чи буде він доцільним, чи надасть бажаний правовий результат. Передбачення договором певного способу захисту прав втрачає сенс за умови відсутності законодавчо встановленого механізму його реалізації. В такому випадку з'явиться ще більше питань та проблем.

Д. С. Птащенко пропонує положення ч. 2 ст. 20 ГК, в якій зазначено «іншими способами, передбаченими законом», замінити на «іншими способами, які не суперечать законодавству» [7, 729].

Видається доцільним змінити положення ч. 2 ст. 20 ГК, в якій зазначено «іншими способами, передбаченими законом», а саме замінити словами: «іншими способами, що не суперечать законодавству та принцип права». Дана зміна буде мати позитивні наслідки, оскільки надасть можливість суб'єктам господарювання захищати свої права способами, які не передбачені законодавством, судам більш гнучко використовувати наявні способи захисту, ширше трактувати передбачені законодавством способи захисту, а уточнення, що способи захисту прав не повинні суперечити принципам права, буде слугувати гарантією справедливості та законності.

З аналізу практики господарських судів вбачаються певні підходи до визначення способів захисту порушеного права. Зокрема, Вищий господарський суд України листом від 14 грудня 2007 р. № 01-8/974 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» запропонував певні критерії визначення належного способу захисту порушеного права: «Обрання способу захисту порушеного права здійснює позивач, але господарський суд, приймаючи рішення зі справи, має перевірити відповідність обраного способу закону та призначенню судового захисту». Далі ці положення уточнюються вказівкою на те, що «перевірка відповідності цього способу наявному порушенню і меті судового розгляду є обов'язком суду, який має приймати рішення зі справи в межах позовних вимог і з урахуванням фактичних обставин конкретної справи, беручи до уваги як можливість у той чи інший спосіб захистити порушене право (за наявності підстав для цього), так і необхідність подальшого виконання прийнятого судом рішення» [8].

Отже, йдеться про те, що через неоднозначність у формулюваннях способів захисту, визначених у законі, господарські суди мають гнучко, у відповідності з призначенням судового розгляду тлумачити норми законодавства про встановлення способів захисту порушеного права. Це має й свою негативну сторону — розсуд судді, який намагається цілком слушно відшукати шляхи вирішення правового конфлікту, які не завжди узгоджуються з чіткими межами закону на встановлення порушеного права [9, 31–32]. Наприклад, Господарський суд м. Києва в справі № 17/442 за позовом компанії «Інмедко Лімітед» до

товариства з обмеженою відповідальністю «Інтернаціональний туристський сервіс» про усунення перешкод у користуванні майном та вселення встановив, що заявлені позивачем вимоги щодо усунення перешкод в користуванні приміщенням шляхом вселення до нього та зобов'язання відповідача звільнити приміщення відповідають способам захисту, передбаченим ст. 20 Господарського кодексу України та ст. 16 Цивільного кодексу України, а саме: припинення дії, що порушує право та відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів позивача, як особи, яка має право на володіння і користування приміщенням. При цьому суд слушно зазначив, що право вибору способу захисту належить особі, яка звертається за захистом порушеного права. Крім того, визначений частиною другою ст. 16 Цивільного кодексу України і частиною другою ст. 20 Господарського кодексу України перелік способів (шляхів) захисту прав та законних інтересів осіб (у тому числі суб'єктів господарювання та споживачів) не є вичерпним, оскільки відповідними нормами передбачена можливість захисту права або інтересу й іншим способом (іншими способами), встановленими (передбаченими) договором або законом. Вказана позиція суду знайшла своє відображення в п. 40 р. 8 Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 12 березня 2009 р. № 01-08/163, в якому зазначено, що здійснюючи оцінку правильності обрання позивачем у справі способу захисту порушеного права чи охоронюваного законом інтересу, господарський суд повинен звертатися й до інших, крім названих кодексів, актів законодавства, а також до умов укладеного договору. За таких обставин суд дійшов висновку, що захист порушеного права позивача можливо здійснити способом, обраним позивачем. На підставі викладеного, Господарський суд м. Києва своїм рішенням від 10 листопада 2010 р. задовільнив позов повністю [10]. Отже, в даному випадку, господарський суд проявив гнучкість при розгляді спору. Але, як свідчить практика, господарські суди не часто проявляють таку гнучкість при розгляді справ. Навіть Вищий господарський суд України у своїй діяльності не зберігає однакового застосування норм права, в тому числі стосовно застосування передбачених законодавством способів захисту прав суб'єктів господарювання, не проявляє гнучкість. Наприклад, Верховний суд України у справі № 3-126гс11, розглянувши у відкритому судовому засіданні заяву товариства з обмеженою відповідальністю «АТОН-XXI» на постанову Вищого господарського суду України від 10 серпня 2011 року у справі № 27/11 за позовом Товариства до публічного акціонерного товариства «Сведбанк» про закриття поточного банківського рахунку, встановив таке: у серпні 2011 року Товариство звернулося із заявою про перегляд Верховним Судом України зазначеної постанови суду касаційної інстанції на підставі неоднакового застосування останнім положень ст. 16 Цивільного кодексу України та ст. 20 Господарського кодексу України, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення у подібних правовідносинах. В обґрунтування заяви додано копію постанови Вищого господарського суду України від 21 грудня 2010 року у справі № 3/75. Посилаючись на зазначене судові рішення, Товариство у своїй заяві дійшло висновку про те, що оскаржувана постанова суду

касаційної інстанції є незаконною, оскільки прийнята з порушенням вимог вказаних норм матеріального права. Під час розгляду справи судами нижчих інстанцій встановлено, що між позивачем та відповідачем було підписано договір, на підставі якого останній взяв на себе обов'язок відкрити Товариству рахунок та здійснювати його розрахунково-касове обслуговування. Відповідно до ст. 1075 ЦК України договір банківського рахунку розривається за заявою клієнта у будь-який час. Згідно з п. 7.2 Договору рахунок клієнта може бути закритий: за заявою про закриття рахунку згідно з чинним законодавством України; за рішенням органу, що відповідно до чинного законодавства України здійснює функції з ліквідації або реорганізації клієнта як юридичної особи; а також з інших підстав, передбачених чинним законодавством України та умовами Договору. Аналогічні вимоги передбачено п. 20.1 Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, затвердженої постановою Правління Національного банку України від 12 листопада 2003 року № 492. Під час розгляду справи судами встановлено, що, керуючись зазначеними положеннями законодавства та умовами Договору, Товариство надсилало на адресу відповідача листи з вимогою закрити поточний рахунок, які було залишено без задоволення. Суд касаційної інстанції, залишаючи постанову суду апеляційної інстанції без змін, дійшов висновку про те, що закриття поточного банківського рахунку клієнта на підставі його заяви передбачено положеннями ЦК України, Інструкції та умовами Договору. Водночас Вищий господарський суд України погодився з твердженням суду апеляційної інстанції про те, що звернення клієнта до Банку з позовом про зобов'язання закрити рахунок у судовому порядку суперечить способам захисту, встановленим ст. 16 ЦК України та ст. 20 ГК України. Статтею 16 ЦК України передбачено, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Частиною 2 вказаної статті закріплено способи захисту цивільних прав та інтересів, серед яких, зокрема, передбачено примусове виконання обов'язку в натурі. Аналогічне положення міститься у п. 5 ч. 2 ст. 20 ГК України, в якому встановлено, що права та законні інтереси суб'єктів господарювання та споживачів захищаються, зокрема, шляхом присудження до виконання обов'язку в натурі. Звертаючись до суду з вимогою зобов'язати Банк закрити поточний рахунок, позивач фактично просив суд примусити відповідача виконати обов'язок, який був покладений на нього умовами договору, а також положеннями вищезазначених норм ЦК України та Інструкції. З огляду на викладене, твердження суду касаційної інстанції про те, що обраний Товариством спосіб захисту своїх прав суперечить вимогам ст. 16 ЦК України та ст. 20 ГК України, є необґрунтованим. 28 листопада 2011 р. Верховний суд України постановив: заяву товариства з обмеженою відповідальністю «АТОН-ХП» задовольнити. Постанову Вищого господарського суду України від 10 серпня 2011 року скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції [11].

Суди, в багатьох випадках, зайняли позицію спостерігача щодо таких прогалин, не вирішуючи спір по суті, а користуючись обмеженістю способів захи-

сту порушеного права передбачених ст. 20 ГК України та ст. 16 ЦК України, уникають вирішення конфлікту [12].

На сьогодні судами України прийнято багато ухвал, відповідно до яких, суди керуючись ст. ст. 62 та 80 Господарського процесуального кодексу України [13], відмовляють у прийнятті позовної заяви або припиняють провадження по справі, в зв'язку з тим, що власник порушеного права може скористатися не будь-яким, а конкретним способом захисту свого права. Наприклад, Господарський суд Херсонської області по справі № 10/388-ПН-07 припинив провадження по справі за позовом ТОВ «...» до Сільськогосподарського виробничого орендного кооперативу «Зоря» про визнання незаконними загальних зборів та рішень загальних зборів, в зв'язку з тим, що такий спосіб захисту не передбачено ст. 20 ГК та зазначив, що законом передбачено, що рішення загальних зборів може бути визнано судом повністю або частково недійсним і позивач не позбавлений права звернення до господарського суду за захистом порушених прав та охоронюваних законом інтересів у передбачені законом способи [14]. Але ж суть від такої зміни назви обраного способу захисту порушеного права не змінилася. А дана ухвала суду лише затягує процес та не забезпечує гарантованого державою та Конституцією України [15] захисту.

Конституція ФРН, наприклад, закріпила положення, відповідно до якого судді пов'язані «законом і правом». У рішеннях Федерального Верховного суду ФРН стало звичайним підкреслювати, що право ширше за законодавство. Федеральний Верховний суд і Федеральний Конституційний суд ФРН у серії рішень встановили, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає «деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній формі». У деяких країнах, що належать до романо-германського типу правової системи, загальні принципи права прямо закріплені в законі як джерело права у разі наявності прогалин, наприклад, у цивільних кодексах (Австрія, Греція, Іспанія, Італія). Також судова влада ФРН дозволила суддям розробляти принципові рішення, уточнювати положення закону таким чином, що народжуються нові норми, так звані правоположення судової практики. Отже, романо-германський тип правової системи припускає і пошук кожним юристом у конкретному питанні рішення, що відповідає принципу справедливості [16].

Найбільш важливою рисою способів судового захисту в загальній системі права, які надаються правом справедливості, є те, що вони застосовуються за розсудом суду [17].

Українським законодавством не передбачено всіх дієвих способів захисту прав, які б реально могли захищати права та інтереси суб'єктів господарювання. На теперішній час, суди, органи державної влади та суб'єкти господарювання обмежені лише тими способами захисту, які прямо прописані в законодавчих актах, та для яких передбачено механізм реалізації.

Отже, доцільно використати досвід Федеративної Республіки Німеччини, Англії та загальні принципи права, і надати господарським судам законну можливість гнучко, у відповідності з призначенням судового розгляду, тлумачити

чити норми законодавства про встановлення способів захисту прав суб'єктів господарювання. Для цього необхідно викласти ст. 4-3 Господарського процесуального кодексу України в наступній редакції:

«Стаття 4-3. Змагальність та диспозитивність.

1. Судочинство у господарських судах здійснюється на засадах змагальності.

2. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, обґрунтовують свої вимоги і заперечення поданими судом доказами.

3. Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом.

4. Суд розглядає господарські справи не інакше як за зверненням осіб, поданим відповідно до цього Кодексу, в межах заявлених ними вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі.

5. Суд розглядає господарські справи не інакше як за позовною заявою, поданою відповідно до цього Кодексу, і не може виходити за межі позовних вимог. Суд може вийти за межі позовних вимог тільки в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять.

6. Господарський суд створює сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, необхідні умови для встановлення фактичних обставин справи і правильного застосування законодавства».

Таким чином, якщо використати досвід зарубіжних країн та прийняти зміни до Господарського процесуального кодексу України, підвищиться ефективність вирішення спорів, зменшиться кількість позовів, права та інтереси суб'єктів господарювання будуть більш захищені, що приведе до позитивних змін в господарській діяльності і економіці в цілому.

### Література

1. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
2. Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора / М. А. Рожкова. М. : Волтерс Клувер, 2006. — 416 с.
3. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січ. 2001 р. (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 12. — Ст. 64.
4. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
5. Зейкан Я. П. Захист у господарській справі : наук.-практ. комент. / Я. П. Зейкан. К. : КНТ, 2010. — 536 с.
6. Проект Кодексу господарського судочинства № 2777 від 16.07.2008 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511-33065](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511-33065).
7. Птащенко Д. С. До питань про перелік способів захисту господарських прав // Збірник тез наукових робіт учасників 4-ї Міжнародної цивілістичної конференції студентів та аспірантів, 3–4 квітня 2009 року / упоряд.: А. Р. Чапнишева [та ін.]; Одес. нац. юрид. акад., ф-т цивільної та господарської юстиції. — О., 2009.
8. Лист Вищого господарського суду України від 14 грудня 2007 р. № 01-8/974 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуаль-

- ної власності» [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v\\_974600-07](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v_974600-07).
9. Подцерковний О. П. Способи захисту прав у земельних відносинах // Вісник господарського судочинства. — 2009. — № 5. — С. 30–34.
  10. Рішення Господарського суду м. Києва по справі № 17/442 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Єдиного державного реєстру судових рішень України. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12334082>.
  11. Постанова Верховного суду України від 28.11.2011 р. по справі № 3-126гс11 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Єдиного державного реєстру судових рішень України. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19848649>.
  12. Подцерковний О. П. В земельних відносинах суб'єкти господарювання потребують реального захисту, а не казуїстичного відмахування судів [Електронний ресурс] / О. П. Подцерковний. — Режим доступу : [http://www.hozpravo.com.ua/conferences/archiv/uchastnik.php?ELEMENT\\_ID=276&ID=300](http://www.hozpravo.com.ua/conferences/archiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=276&ID=300).
  13. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
  14. Ухвала Господарського суду Херсонської області по справі № 10/388-ПН-07 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Єдиного державного реєстру судових рішень України. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
  15. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
  16. Конспект лекції «Теорія держави і права» [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://readbookz.com/books/176.html>.
  17. Романов А. К. Правовая система Англии : [учеб. пособие] / А. К. Романов. — М., 2000. — 344 с.

### Анотація

**Петруня В. В.** Проблема ефективності використання способів захисту прав суб'єктів господарювання. Стаття.

Стаття присвячена проблемі ефективності використання способів захисту прав суб'єктів господарювання як діючих важелів механізму господарювання, що мають значний вплив на ефективність самої господарської діяльності. Аналіз існуючих в законодавстві способів захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання дозволив зробити висновок, що вони не забезпечують повного та всебічного захисту прав суб'єктів господарювання, не забезпечують гарантований Конституцією України захист.

**Ключові слова:** спосіб захисту, суб'єкт господарювання, захист прав, ефективність, відмова у позові, припинення провадження у справі.

### Аннотация

**Петруня В. В.** Проблема эффективности использования способов защиты прав субъектов хозяйствования. Статья.

Статья посвящена проблеме эффективности использования способов защиты прав субъектов хозяйствования как действующих рычагов механизма хозяйствования, которые имеют значительное влияние на эффективность самой хозяйственной деятельности. Анализ существующих в законодательстве способов защиты прав и интересов субъектов хозяйствования позволил сделать вывод, что они не обеспечивают полной и всесторонней защиты прав субъектов хозяйствования, не обеспечивают гарантированную Конституцией Украины защиту.

**Ключевые слова:** способ защиты, субъект хозяйствования, защита прав, эффективность, отказ в иске, прекращение производства по делу.

### Summary

**Petrunya V. V.** The problem of effective use of methods of protection entities. Article.

The article is devoted to the efficient use of methods of protecting the rights of subjects of management, as effective instruments of economic management mechanism, which have a significant impact on the effectiveness of the business. Analysis of existing legislation in ways to protect the

rights and interests of economic entities leads to the conclusion that they do not provide a complete and comprehensive protection of business entities, along with guaranteed protection of the Constitution of the Ukraine.

*Keywords:* methods of protection, entity, protection of the rights, efficiency, denial of claim, termination the proceedings of the case.

УДК 347.921.8

В. С. Личко

## ПРАВОВА ДОПОМОГА ТА ЇЇ ОСОБЛИВОСТІ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Надання правової допомоги в цивільних справах є важливим питанням, що потребує відповідної наукової розробки. В наукових працях, присвячених даній темі, правова допомога досліджується переважно в контексті розподілу та компенсації судових витрат на правову допомогу. На нашу думку, існує необхідність розгляду поняття правової допомоги в цивільних справах більш комплексно та деталізовано, зокрема, з позицій платності або безоплатності правової допомоги, кола суб'єктів надання та одержання правової допомоги, надання правової допомоги в цивільних справах безоплатно тощо.

Окремі аспекти забезпечення особи права на правову допомогу у різних сферах державної діяльності досліджувались у роботах О. М. Бандурки, Т. В. Варфоломеевої, А. Т. Комзюка, В. В. Копейчикова, О. Ф. Скакун, П. Т. Рабіновича та ін.

Вагомий внесок у розробку проблеми зробили російські вчені А. Я. Азаров, В. Н. Бутилін, Н. В. Вітрук, Л. Д. Воєводін, Г. А. Гаджієв, С. Ф. Качек'ян, Ю. А. Коричев, Л. Г. Кучерін, В. М. Лебедев, В. О. Лучин, Є. А. Лукашина, Ю. А. Тихомиров та ін.

Як в Цивільному кодексі України (далі — ЦК України), так і в Цивільному процесуальному кодексі України (далі — ЦПК України) наряду із поняттям правової допомоги вживається поняття права на захист. Яким же чином співвідносяться дані поняття та як вони відрізняються одне від одного?

Згідно з нормами Конституції України захист є різним і за об'єктом (стосовно соціальних, трудових, фізичних, інших прав і свобод, тобто як негативних, так і позитивних прав [1]), і за формами, чи засобами (через суд, Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, міжнародні органи, політичні та інші об'єднання, самостійно чи через захисника). За видом захист може бути правовим — відновлення певних прав через відповідні процедури, соціальним (як соціальна захищеність), фізичним [2].

Статтею 3 ЦПК України, що закріплює право на звернення до суду за захистом, встановлено право кожної особи звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Глава 3 ЦК України присвячена захисту цивільних прав та інтересів. Зокрема, із змісту ст. 15 цього Кодексу вбачається, що кожна особа має право на

захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Відповідно до ст. 20 цього ж Кодексу, право на захист особа здійснює на свій розсуд. Нездійснення особою права на захист не є підставою для припинення цивільного права, що порушене, крім випадків, встановлених законом.

Захист цивільних прав та інтересів може здійснюватися особою самостійно, судом, Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування, нотаріусом. Способами здійснення права на захист судом можуть бути визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу державної влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

Президент України, органи державної влади, органи державної влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування здійснюють захист цивільних прав та інтересів у межах повноважень, визначених Конституцією України.

Захист цивільних прав нотаріусом здійснюється шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадку і в порядку, встановлених законом.

Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства [3].

У своїй праці «Правова допомога: Зарубіжний досвід та пропозиції для України» О. А. Бранчук та М. С. Демкова досліджують проблеми інституту правової допомоги в Україні та зарубіжних країнах. Зокрема, автори пропонують на законодавчому рівні дати таке визначення правовій допомозі — це будь-які дії, які мають правовий зміст, вчиняються визначеними в законі суб'єктами, що мають визначений рівень освіти, спрямовані на реалізацію і захист прав, свобод та законних інтересів особи, яка звертається за допомогою, та мають відповідати визначеним принципам їх надання [4].

На законодавчому рівні дається наступне визначення поняття права на правову допомогу: право на правову допомогу — це гарантована Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги [5].

Відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу», правова допомога — надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення [6].

Відповідно до цього, способи здійснення захисту цивільних прав та інтересів можуть бути різними, а правова допомога спрямована на реалізацію і захист прав та інтересів зацікавлених суб'єктів і може мати місце в процесі здійснення права на захист.

Статтею 12 ЦПК України встановлюється, що особа, яка бере участь у справі, має право на правову допомогу, яка надається адвокатами або іншими фахівцями у галузі права в порядку, встановленому законом. Стаття 56 цього ж Кодексу закріплює, що правову допомогу може надавати особа, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги. Така особа має право знайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, знімати копії долучених до справи документів, бути присутнім у судовому засіданні. Особа, яка має право на надання правової допомоги, допускається ухвалою суду за заявою особи, яка бере участь у справі.

Щодо суб'єктів правової допомоги в цивільних справах, то ст. 2 ЦК України визначено, що учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи, а також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

В той час як законодавець визначає суб'єктом права на одержання правової допомоги тільки фізичних осіб, постає питання щодо володіння таким правом юридичних осіб. Вважаємо, що правом на правову допомогу володіють як фізичні, так і юридичні особи, які можуть бути учасниками вирішення цивільних справ.

Право на правову допомогу безпосередньо в судовому процесі у справах позовного провадження мають сторони у справі, а також треті особи, у справах окремого провадження — заявники та інші зацікавлені особи, як фізичні, так і юридичні.

Окремо ЦПК України регулюються положення щодо провадження у справах за участю іноземних осіб. У розділі X вказаного Кодексу закріплено, що іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їх органи та посадові особи) та міжнародні організації мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів. Зазначені особи мають процесуальні права та обов'язки нарівні з фізичними і юридичними особами України, за винятками, встановленими Конституцією України та законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Що ж стосується суб'єктів надання правової допомоги, то, як зазначалося раніше, до них відносяться адвокати та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги.

Відповідно до Закону України «Про адвокатуру», адвокатом може бути особа, яка має вищу юридичну освіту, підтверджену дипломом України або відпо-

відно до міжнародних договорів України дипломом іншої країни, стаж роботи у галузі права не менше двох років, володіє державною мовою, склала кваліфікаційні іспити, одержала в Україні свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю та прийняла Присягу адвоката України [7].

ЦПК України регулює правові відносини щодо правової допомоги, тоді як ЦК України регулює відносини щодо вчинення певних юридичних дій (договір доручення, представництва). З приводу надання правової допомоги, насамперед правові відносини виникають між адвокатом та клієнтом і регулюються договором, укладеним в усній чи письмовій формі. У цьому випадку мову слід вести про цивільно-правові відносини, оскільки відносини виникають на підставі зобов'язання: одна сторона — адвокат, бере на себе зобов'язання виконати певну юридичну дію і одержати за це винагороду (гонорар); друга сторона — клієнт — вимагати виконання зобов'язання і здійснити відповідну плату. Коли ж у процесі виконання зобов'язання адвокат звертається до суду, то одразу ж виникають інші правові зв'язки. Схематично вони такі: адвокат — суд — клієнт адвоката; сторона (позивач — представник позивача (адвокат) — суд — сторона (відповідач — представник відповідача (адвокат)). Ці правові зв'язки будуть визначати правовий статус адвоката і його клієнта в суді, а отже, будуть регулюватися вже ЦПК України. Юридичні дії у стосунках адвокат-клієнт можуть здійснюватися до звернення до суду, під час звернення і вирішення справи в суді по суті, та по завершенні розгляду справи, наприклад, під час виконання рішення суду [8].

Законодавче визначення особи, яка є фахівцем у галузі права відсутнє, проте можна припустити, що кваліфікація такої особи полягає у наявності повної вищої юридичної освіти, володінні спеціальними знаннями в галузі права тощо.

Статтею 38 ЦПК України передбачена участь у справах представника. Сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники або зацікавлені особи у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь в цивільній справі особисто або через представника. Юридичних осіб представляють їхні органи, що діють в межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, або їх представники. Державу представляють відповідні органи державної влади в межах їх компетенції через свого представника.

За ЦК України, представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Представництво виникає на підставі договору закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства. Коли мова йде про надання правової допомоги, на нашу думку, не може мати місця представництво за законом.

Представником у суді може бути адвокат або інша особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді.

Повноваження представників сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, мають бути посвідчені такими документами: довіреністю фізичної особи; дові-

реністю юридичної особи або документами, що посвідчують службове становище і повноваження її керівника. Повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватися ордером, який виданий відповідним адвокатським об'єднанням, або договором. До ордера адвоката обов'язково додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій. Витяг засвідчується підписом сторін договору [3].

При класифікації правової допомоги за економічним критерієм, вона поділяється на правову допомогу, що надається на платній основі, та безоплатну правову допомогу.

Стаття 79 ЦПК України передбачає, що судові витрати складаються з судового збору та витрат, пов'язаних з розглядом справи. До витрат, пов'язаних з розглядом судової справи, належать і витрати на правову допомогу. Статтею 84 цього ж Кодексу визначається, що витрати, пов'язані з оплатою правової допомоги адвоката або іншого фахівця в галузі права, несуть сторони, крім випадків надання безоплатної правової допомоги.

Витрати фізичних осіб, пов'язані з оплатою правової допомоги при розгляді судом справ про оголошення померлою фізичної особи, яка пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави вважати фізичну особу загиблою від певного нещасного випадку, або інших обставин внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, несуть юридичні особи, на території яких мав місце нещасний випадок внаслідок таких надзвичайних ситуацій.

Статтею 82 ЦПК України закріплено, що суд, враховуючи майновий стан сторони, може зменшити розмір належних до оплати судових витрат, пов'язаних з розглядом справи, або звільнити від їх оплати. Чітких критеріїв щодо задовільності або незадовільності майнового стану особи на сьогоднішній день немає.

Наприклад, при вирішенні справ в Європейському Суді з прав людини, право на безоплатну юридичну допомогу забезпечується у цивільних справах, коли така допомога є необхідною для ефективного доступу до суду, або оскільки юридичне представництво є обов'язковим за внутрішнім законодавством, або через складність процедури чи сутність справи [9].

Вважаємо, що надання безоплатної правової допомоги в цивільних справах не слід ототожнювати з компенсацією витрат на правову допомогу, зменшенням або з розподілом цих витрат між сторонами. Компенсація витрат на правову допомогу, граничний розмір якої передбачений законодавством України, має місце у випадку, коли обидві сторони звільнені від сплати судових витрат за критерієм незадовільності їхнього майнового стану. Випадки та порядок розподілу судових витрат між сторонами регулюються ЦПК України і також не є тотожними із правовою допомогою.

Граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу встановлюється Законом України «Про граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу у цивільних та адміністративних справах» [10] та Постановою Кабінету

Міністрів України «Про граничні розміри компенсації витрат, пов'язаних з розглядом цивільних та адміністративних справ, і порядок їх компенсації за рахунок держави». На сьогоднішній день, у випадках, коли обидві сторони у цивільній справі звільнені від оплати судових витрат, вони компенсуються за рахунок держави Державною судовою адміністрацією в їх фактичному розмірі, але не більше від граничних розмірів компенсації таких витрат. Підставою для компенсації судових витрат є судові рішення [11].

Відповідно до положень Концепції формування системи безоплатної правової допомоги в Україні, починаючи з першого етапу впровадження системи безоплатної правової допомоги і протягом реалізації інших етапів право на безоплатну вторинну правову допомогу обов'язково повинно забезпечуватися, зокрема, особам, яким чинним законодавством України гарантовано право на безоплатну правову допомогу в цивільних та адміністративних справах, а також у справах про адміністративні правопорушення. Нагадаємо, що безоплатна вторинна правова допомога включає складання процесуальних документів, захист від обвинувачення, представництво особи в судах та інших державних органах [12].

Існує думка, що сторона, на користь якої виносяться судові рішення, завжди отримує безоплатну правову допомогу, тому їй взагалі не потрібні будь-які додаткові пільги або структури, які надають безоплатну правову допомогу. Сторона, яка програє справу, навпаки, повинна нести на собі тягар судових витрат, бо вона не змогла довести свою правову позицію та виявилася неправовою, тому оплачувати державі у тому чи іншому вигляді витрати сторони, що програла, є недоцільним. Якщо сторона бажає отримати безоплатну правову допомогу, їй треба довести власну правоту та отримати позитивне рішення суду на свою користь, в іншому випадку — відшкодувати судові витрати [13].

Вважаємо таке твердження не зовсім вірним, оскільки в даному випадку має місце підміна понять. Законодавством передбачене право на безоплатну вторинну правову допомогу для певних категорій населення. Безоплатною вторинною є правова допомога, що надається спеціально уповноваженим суб'єктом — адвокатурою та сплачується за рахунок Державного бюджету України. Сплата ж особою, яка програла справу (не на користь якої було винесено рішення), судових витрат на правову допомогу є лише компенсацією (відшкодуванням) тих витрат, що зазнала сторона, яка була вимушена: а) звернутися до суду у зв'язку з порушенням або невизнанням її прав, свобод чи законних інтересів, б) бути відповідачем у справі, при цьому не порушивши своїми діями або бездіяльністю прав, свобод чи інтересів тієї особи, яка пред'являла вимогу.

Незважаючи на широке коло фахівців у галузі права, безоплатна вторинна правова допомога в Україні на сьогоднішній день надається лише адвокатами і лише у кримінальних справах, оскільки для категорій осіб, визначених іншими законодавчими актами, окрім Кримінально-процесуального кодексу України, не передбачено фінансування безоплатної правової допомоги, не визначено по-

рядку її одержання. На нашу думку, сьогодні правова допомога в цивільних справах ефективно надається лише на платній основі, реалізація же особою свого права на безоплатну правову допомогу в цивільних справах є практично неможливою, оскільки законодавством не визначений порядок надання такої допомоги, не встановлено чітких критеріїв, що визначають право особи на допомогу тощо.

Ситуація дещо змінилася на краще із прийняття Верховною Радою України Закону України «Про безоплатну правову допомогу» [6]. Даним Законом передбачено створення Міністерством юстиції України центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги в період до 1 січня 2013 року при головних управліннях юстиції в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, що дозволить дещо впорядкувати порядок звернень громадян щодо надання допомоги, полегшити процес надання безоплатної правової допомоги окремим категоріям громадян, а також допоможе компетентним структурам ефективніше реалізовувати свої функції з надання безоплатної правової допомоги.

Отже, надання правової допомоги в цивільних справах, зокрема, безоплатної правової допомоги, потребує не тільки розробки чіткого механізму її одержання, встановлення випадків та критеріїв її надання, але й взагалі формулювання визначення правової допомоги в цивільних справах.

### Література

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права / О. Ф. Скакун. — Х., 2001. — С. 176–181.
2. Лобач В. Проблемні питання правової допомоги у кримінальному судочинстві // Прокуратура, людина, держава. — 2004. — № 2. — С. 43.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 46.
4. Правова допомога. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / авт.-упоряд.: О. А. Бранчук, М. С. Демкова. — К.: Факт, 2004. — С. 9.
5. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Д. І. щодо офіційного тлумачення ст. 59 Конституції України та ст. 44 КПК України від 16.11.2000 р. // Вісник Конституційного суду України. — 2001. — № 9. — С. 24–30.
6. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 черв. 2011 р. // Голос України. — 2011. — № 122, 8 лип.
7. Про адвокатуру : Закон України від 19 груд. 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. 1993. — № 9. — Ст. 62.
8. Захарова О. Відшкодування витрат на правову допомогу // Адвокат. — 2007. — № 11–12. — С. 85–86.
9. Клименко О. Право на безоплатну правову допомогу: європейські стандарти та українські реалії // Право України. — 2007. — № 10. — С. 126.
10. Про граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу у цивільних та адміністративних справах : Закон України від 20 груд. 2011 р. // Голос України. — 2012. — № 3, 11 січ.
11. Про граничні розміри компенсації витрат, пов'язаних з розглядом цивільних та адміністративних справ, і порядок їх компенсації за рахунок держави : постанова Кабінету Міністрів України від 27 квіт. 2006 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 18, 17 трав. — С. 38. — Ст. 1336.
12. Про Концепцію формування системи безоплатної правової допомоги в Україні : Указ Президента України від 9 черв. 2006 р. // Урядовий кур'єр. — 2006. — № 114, 21 черв.
13. Бурлаченко А. Про витрати на правову допомогу // Український адвокат. — 2007. — № 10. — С. 25.

### Анотація

*Лычко В. С. Правовая допомога та її особливості в цивільних справах. — Стаття.*

Дана стаття присвячена наданню правової допомоги в цивільних справах. В статті освітлено питання щодо співвідношення поняття правової допомоги з поняттям права на захист, обидва з яких гарантуються чинним цивільним законодавством України. В контексті статті розглянуто суб'єктів надання та одержання правової допомоги в цивільних справах, наголошується на тому, що отримувати правову допомогу можуть не тільки фізичні, але й юридичні особи. Також відбулася спроба розмежувати надання безоплатної правової допомоги з компенсацією судових витрат зменшенням або розподілом судових витрат між сторонами.

*Ключові слова:* правова допомога, правова допомога в цивільних справах, суб'єкти правової допомоги, безоплатна правова допомога.

### Аннотация

*Лычко В. С. Правовая помощь и ее особенности в гражданских делах. — Статья.*

Данная статья посвящена предоставлению правовой помощи в гражданских делах. В статье освещен вопрос, касающийся соотношения понятия правовой помощи с понятием права на правовую помощь, оба из которых гарантируются действующим гражданским законодательством Украины. В контексте статьи рассмотрены также субъекты получения и предоставления правовой помощи в гражданских делах, делается ударение на том, что получателями правовой помощи могут быть не только физические, но и юридические лица. Также была сделана попытка разграничить предоставление бесплатной правовой помощи и компенсацию судебных издержек уменьшением или распределением их между сторонами.

*Ключевые слова:* правовая помощь, правовая помощь в гражданских делах, субъекты правовой помощи, бесплатная правовая помощь.

### Summary

*Lychko V. S. The legal aid and it features in civil cases. — Article.*

This article is devoted the grant of legal aid in civil cases. A question, touching correlation of concept of legal aid with the concept of right for legal help, both of which are guaranteed the current civil legislation of Ukraine, is lighted up in the article. In the context of the article are considered also subjects of receipt and grant a legal aid in civil cases, emphasized that the recipients of legal aid can be not only physical but also legal persons. An attempt to delimit the grant of free legal aid with indemnification of judicial charges, diminishing or allocation of judicial charges, between sides took place also.

*Keywords:* legal aid, the legal aid in civil cases, subjects of the legal aid, free legal aid.

УДК 347.27(477+4/8)001.36

*А. Р. Чанишева*

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ДЕЯКИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Визначення поняття іпотеки має істотне практичне значення. Таке визначення допомагає встановити межі дії положень нормативно-правових актів, що регулюють відносини щодо іпотеки. Крім того, не слід відкидати і можливості відповідного коригування таких положень, якщо вдасться опрацювати таке визначення іпотеки, що більше відповідає потребам суспільних відносин, ніж те розуміння іпотеки, яке на цей час знайшло своє відображення в законодавстві.

© А. Р. Чанишева. 2012

Поняття іпотеки певною мірою є новим для законодавства України і вітчизняної науки цивільного права. У широко відомому виданні «Малая Советская Энциклопедия», здійсненому за радянських часів, стверджувалося, що одночасно з встановленням диктатури пролетаріату іпотека ліквідується, а в СРСР, де вся земля націоналізована, іпотеки немає [1, 131]. Тому в іншому енциклопедичному виданні радянської доби, що мало б містити статтю, присвячену іпотеці, такої статті немає [2].

І це відповідало чинному на той час законодавству. Так, ЦК РСФСР 1922 р. положення про заставу містив (ст. ст. 85–105), але термін «іпотека» у цьому Кодексі не вживався. Цивільний кодекс Української РСР 1963 р. також містив положення про заставу, але термін «іпотека» в ньому не вживався. Тож, якщо законодавство тієї пори не знало поняття іпотеки, то й енциклопедичні видання не могли описувати таке поняття інакше, ніж правове явище інших часів чи інших країн. Інший варіант — включати статті до енциклопедичних видань про іпотеку взагалі, а не як про вітчизняне правове явище. Але пройшов певний час, і поняття іпотеки у вітчизняному цивільному законодавстві з'явилося. За таких умов з'явилась і практична потреба у його аналізі не тільки з метою пізнання відповідного правового явища, а й з метою його доопрацювання та вдосконалення.

Метою статті є визначення поняття іпотеки за законодавством України та окремих зарубіжних країн.

Будь-яке поняття, що вживається в актах законодавства, для цілей правозастосування, повинне розумітись перш за все так, як воно визначається в законодавстві [3, 40; 4, 43; 5, 139]. Інший аспект проблеми поняття іпотеки пов'язаний з подальшим удосконаленням відповідного законодавства і передбачає опрацювання такого визначення цього поняття, яке більшою мірою відповідає потребам відповідних цивільних відносин, а тому може бути використане в правотворчій діяльності. Є ще один аспект проблеми поняття іпотеки. Він пов'язаний з визначенням цього поняття для навчальних цілей. Зазвичай слід визнати, що для юриста, в тому числі для особи, яка опановує професію юриста, кращою мовою є мова законодавця. Але все-таки не виключається наявність потреби у деяких особливостях визначення поняття іпотеки для навчальних цілей, оскільки в навчальних цілях має даватись таке визначення поняття, яке відображає сутність відповідного поняття, а тому може не враховувати певні особливості нормативного визначення відповідного поняття.

Враховуючи викладене, слід звернутись перш за все до визначення поняття іпотеки у Цивільному кодексі України, що визнається основним актом цивільного законодавства (ст. 4 ЦК). Стаття 575 ЦК (ч. 1) дає таке визначення іпотеки: «Іпотекою є застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи». Це визначення логічно є достатньо суворим з урахуванням того, що в ньому спочатку законодавець зазначає на більш широке (родове) поняття, яким охоплюється поняття іпотеки. Якщо поняття іпотеки є видовим, то родовим стосовно цього поняття є застава. Бездоганність вибору

родового поняття свідчить про високий науковий рівень положень Цивільного кодексу України.

Визначення іпотеки, яке дається у ч. 3 ст. 1 Закону України «Про іпотеку», є значно менш вдалим, ніж визначення цього ж поняття в ч. 1 ст. 575 ЦК. Наведемо це визначення: «Іпотека — вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому цим Законом». Тут законодавець родовим поняттям стосовно поняття іпотеки визнав категорію забезпечення виконання зобов'язання.

Це — невдало, оскільки поняття іпотеки, як зазначалося вище, є видовим стосовно застави, а поняття застави є видовим стосовно поняття забезпечення виконання зобов'язання. У свою чергу поняття застави є родовим стосовно іпотеки, а поняття забезпечення виконання зобов'язання є родовим стосовно застави. Викладене частково підтверджується ст. 546 ЦК, яка має заголовок «Види забезпечення виконання зобов'язання» і зазначає на неустойку, гарантію, заставу, поруку, притримання, завдаток.

Вказавши у визначенні поняття іпотеки в абзаці третьому ст. 1 Закону України «Про іпотеку» на забезпечення виконання зобов'язання як родове поняття стосовно поняття іпотеки як видового, законодавець виключив можливість використання при тлумаченні цього законодавчого положення визначення поняття застави, що наводиться в ст. 572 ЦК.

Це змусило законодавця вказати у визначенні поняття іпотеки на право іпотекодержателя у разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника, тобто законодавець змушений був повторити ознаку будь-якої застави як родового поняття стосовно іпотеки. Це — недостатньо логічно, але прийнятно з огляду на необхідність виправлення помилки, що була допущена законодавцем при виборі родового поняття стосовно поняття іпотеки. Тому родове поняття забезпечення виконання зобов'язання, що використане для визначення поняття іпотеки, слід замінити на родове поняття «застава». Тоді визначення поняття іпотеки буде починатись словами: «Іпотека — застава нерухомого майна...».

До поняття іпотеки законодавець звертається також в Кодексі торговельного мореплавства. Стаття 384 КТМ має заголовок «Поняття договору морської іпотеки». Але у цій статті всупереч її заголовку не тільки не дається логічно суворого визначення поняття морської іпотеки, а навіть не дається опис цього поняття. Тут зазначається, що будь-яке судно, зареєстроване у Державному судовому реєстрі або в Судновій книзі України, може бути «закладене» (більш доречно було б використовувати термін «заставлене»). Вказується також на сторони договору морської іпотеки. Отже, ст. 384 КТМ не містить нормативного матеріалу, який є необхідним для аналізу законодавчого визначення іпотеки.

Слід визнати неприйнятними спроби розширити зміст поняття іпотеки за рахунок суміжних правових явищ. Так, ст. 39 Закону «Про заставу», що була чинною до 1 січня 2004 р., встановлювала відсильне правило про те, що «застава транспортних засобів та космічних об'єктів, які залишаються у володінні заставодавця, здійснюється в порядку, передбаченому розділом II цього Закону». Розділ II названого Закону був присвячений іпотеці. Звідси робиться висновок про те, що, хоч транспортні засоби і космічні об'єкти і не визнаються нерухомістю, але їх застава відбувається за правилами іпотеки [6, 88; 7, 688]. Видається, що при цьому доцільно було б зробити застереження про те, що застосування до відносин щодо застави транспортних засобів законодавчих положень щодо іпотеки не перетворює таку заставу в іпотеку.

Доцільно було б взяти до уваги і те розуміння іпотеки, яке притаманне цивільному праву інших країн. Зокрема, в англосаксонському праві іпотека (mortgage) як одна з форм застави, що використовується як щодо рухомості, так і нерухомості, історично являла собою фідуціарний, заснований на особливій довірі правочин, за яким кредитору передався титул власності відносно речі, яка закладається [8, 382].

За таких умов виникає необхідність в опрацюванні такого визначення поняття іпотеки, яке б ґрунтувалось на нормативному визначенні цього поняття, але було вільним від тих недоліків, які притаманні визначенню, що дається в чинному законодавстві та відповідало б потребам відповідних суспільних відносин. Отже, здійснимо спробу опрацювання визначення поняття іпотеки.

Перш за все акцентуємо увагу на тій обставині, що Закон України «Про іпотеку» прийнятий пізніше, ніж Цивільний кодекс, а тому визначення поняття іпотеки, що наводиться в абзаці 3 ст. 1 Закону України «Про іпотеку», має перевагу при застосуванні, хоч цей Закон і Цивільний кодекс набрали чинності одночасно з 1 січня 2004 р. (п. 1 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу України; п. 1 Прикінцевих положень Закону України «Про іпотеку»). Перевага визначення іпотеки, що наводиться в Законі «Про іпотеку», підтверджується також п. 2 Прикінцевих положень Закону «Про іпотеку», що передбачає переважне застосування цього Закону перед законодавчими актами, прийнятими до набрання ним чинності, тобто до 1 січня 2004 р.

За викладених обставин юридичну силу слід визнати за визначенням поняття іпотеки, що наводиться в абзаці 3 ст. 1 Закону «Про іпотеку». Отже, більш широким (родовим) поняттям стосовно іпотеки є поняття забезпечення виконання зобов'язання, як це впливає із зазначеного законодавчого положення. А раз іпотека є видом забезпечення виконання зобов'язання, то вона як видове поняття стоїть поряд з іншими видами забезпечення виконання зобов'язань, що перелічені в ч. 1 ст. 546 ЦК, тобто поняття іпотеки є видом забезпечення виконання зобов'язань поряд із заставою. Звідси впливає важливий у практичному відношенні висновок, відповідно до якого положення ст. ст. 572–593 ЦК, що стосуються застави, не поширюються на відносини щодо іпотеки. Але такий висновок був би завчасний.

Видається, що застосування визначення поняття іпотеки, що наводиться в абз. 3 ст. 1 Закону «Про іпотеку», не виключає застосування визначення поняття іпотеки, що наводиться в ч. 1 ст. 575 ЦК. Звідси випливає, що ст. ст. 572–593 ЦК, що присвячені заставі, можуть застосовуватися щодо іпотеки, якщо інше не встановлене спеціальними правилами. Разом з тим, слід визнати, що немає будь-якого виправдання включенню до законодавчих актів (Цивільного кодексу і Закону «Про іпотеку») двох різних визначень поняття, тому обидва ці визначення мають бути тотожними. Мається також на увазі, що визначення поняття іпотеки і в Цивільному кодексі, і в Законі України «Про іпотеку» мають бути змінені, враховуючи вищевикладене.

Оскільки законодавство має суворо підкорятись законам людського мислення, поняття іпотеки як видове має бути визначене через родові поняття застави. Отже, в абзаці третьому ст. 1 Закону «Про іпотеку» слова «вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном» слід замінити словами «застава нерухомого майна». Зазначення на заставу робить слова «згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника» зайвими. Вони повинні бути із цього Закону вилучені.

Надалі звернемось до аналізу доцільності включення до визначення поняття іпотеки вказівки на те, що предмет іпотеки залишається у користуванні іпотекодавця. Визначення поняття іпотеки, що наводиться в абз. 3 ст. 1 Закону «Про іпотеку», містить зазначення на те, що ознакою іпотеки є залишення речі в користуванні іпотекодавця. Ця ознака іпотеки підтверджується ч. 1 ст. 9 Закону «Про іпотеку», яка передбачає право іпотекодавця користуватися предметом іпотеки, якщо інше не встановлено цим Законом. Але в ч. 1 ст. 575 ЦК на ознаку користування предметом іпотеки не зазначається взагалі.

Отже, залишення предмета іпотеки в користуванні іпотекодавця відповідно до нормативного визначення іпотеки є обов'язковою ознакою іпотеки. Але не має будь-якого сенсу повне позбавлення сторін іпотечного договору права вирішити за взаємною згодою питання про користування предметом іпотеки. Відомо, що абсолютна більшість нежитлових приміщень, в яких розташовані філії та відділення банків, а часто — і головні офіси банків, останні отримують на умовах найму (оренди).

Це — тисячі об'єктів нерухомого майна, які часто перебувають у користуванні одного й того ж наймача десятки років. За умови тривалості відносин між сторонами, наявності у кожної із сторін інформації про іншу сторону, довіри банки могли б видавати наймодавцям кредити під заставу названого нерухомого майна. Але закон такі відносини виводить за межі іпотеки. Тож виходить, що можливе передання такого майна в заставу відповідно до загальних правил про заставу, що не враховують специфіку нерухомого майна. Недоцільність такого законодавчого вирішення проблеми є очевидною. Тож у визначенні іпотеки доцільно було б зазначити на те, що предмет іпотеки залишається у користуванні іпотекодавця «як правило».

Питання про володіння предметом іпотеки вирішується в аналогічний спосіб з тією тільки різницею, що в цій частині немає суперечності між абз. 3 ст. 1 Закону «Про іпотеку» з одного боку, і ч. 1 ст. 575 ЦК — з іншого. Виникає питання про те, наскільки обґрунтованим з точки зору потреб цивільного обороту є однозначне вирішення законодавцем питання про те, що предмет застави залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, якщо інше не встановлено названим Законом. При цьому слід враховувати, що стосовно користування спеціальним правилом ч. 3 ст. 9 Закону «Про іпотеку» передбачається можливість передавання предмету іпотеки в спільну діяльність, лізинг, оренду, користування.

Отже, хоч у визначенні іпотеки в абз. 3 ст. 1 Закону України «Про іпотеку» і зазначається на залишення предмету іпотеки у користуванні іпотекодавця, все ж іпотечним договором може передбачатись право іпотекодавця передавати предмет іпотеки у користування третім особам. Таке право іпотекодавець має незалежно від умов договору, якщо іпотекодержатель дав згоду на передавання предмету іпотеки в користування третій особі. За таких умов слід зробити висновок про те, що предмет іпотеки залишається у володінні іпотекодержателя також «як правило». Це означало б, що за наявності згоди між іпотекодавцем та іпотекодержателем предмет іпотеки може бути переданий у володіння іпотекодержателя або іншої особи.

Стосовно іпотеки слід виокремлювати ті ж аспекти цього поняття, які виокремлюються стосовно численних інших цивільно-правових явищ. Перш за все є певна сукупність суспільних відносин, які позначаються як іпотечні і які є предметом правового регулювання відповідної групи правових норм. Ці відносини самі по собі не мають реального значення і можуть бути виокремлені лише в абстракції. Справа в тому, що метою більшості цивільно-правових конструкцій є надання можливості учасникам цивільних відносин не тільки отримати певне право, а і задовольнити певні фактичні потреби, які, в принципі, можуть бути задоволені й без правової форми.

Тому тут правова форма лише надає відповідним відносинам стабільності, гарантує можливість отримання відповідних товарів, результатів робіт, послуг. Метою правової конструкції іпотеки є надання управленій особі певного додаткового до основного права. Тому суспільні відносини щодо іпотеки поза правовою формою не мають будь-якої соціальної цінності. Через ці відносини стає можливою реалізація потреб людей у тих відносинах, що забезпечуються іпотекою (потреб у товарах та результатах робіт, послугах; зазвичай іпотекою забезпечуються потреби управленої особи в отриманні грошової суми, на яку ця особа має право).

Іпотека може розглядатися також як певний нормативний масив, як структурний підрозділ цивільного права та системи права. На рівні правовідносин іпотека являє собою комплекс правовідносин.

Поняття іпотеки може використовуватись і для позначення суб'єктивного права іпотекодержателя, якому кореспондують юридичні обов'язки іпотекодавця чи невизначеного кола осіб (залежно від того, це суб'єктивне право розглядається як елемент речових чи зобов'язальних правовідносин).

Слід також враховувати, що у визначенні іпотеки слід вказати на те, що предметом іпотеки можуть бути не тільки речі, які є нерухомими чи такими, що спеціально визнаються законом предметом іпотеки, а й права на об'єкти нерухомого майна.

**Висновки.** Таким чином, можна запропонувати таке визначення іпотеки: «Іпотека — це застава нерухомого майна, речей, спеціально визнаних законами предметом іпотеки, що, як правило, залишаються у володінні та користуванні іпотекодавця, а також застава прав на нерухоме майно».

Викладене щодо системи понять іпотеки слід враховувати при тлумаченні положень актів законодавства, що поширюються на іпотечні правовідносини.

### Література

1. Малая советская энциклопедия. Т. 4. М.: Большая Сов. Энцикл., 1959. — 1309 с.
2. Юридический энциклопедический словарь. М.: Сов. энцикл., 1987. — 528 с.
3. Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. — М.: Юрид. лит., 1979. — 168 с.
4. Черданцев А. Ф. Толкование права и договора / А. Ф. Черданцев. — М.: Юнити, 2003. — 381 с.
5. Черданцев А. Ф. Вопросы толкования советского права / А. Ф. Черданцев. — Свердловск, 1972. — 192 с.
6. Зобов'язальне право. Теорія і практика. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 912 с.
7. Цивільне право України: підручник. У 2 кн. Кн. I / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 720 с.
8. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник. В 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 560 с.

### Анотація

**Чанышева А. Р.** Правове регулювання іпотеки за законодавством України та деяких зарубіжних країн. — Стаття.

У статті визначається поняття іпотеки за законодавством України та деяких західних країн. Вносяться пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства України з урахуванням позитивного зарубіжного досвіду.

**Ключові слова:** іпотека; застава; забезпечення виконання зобов'язань; іпотечні цивільні правовідносини.

### Аннотация

**Чанышева А. Р.** Правовое регулирование ипотеки по законодательству Украины и некоторых зарубежных стран. — Статья.

В статье определяется понятие ипотеки по законодательству Украины и некоторых западных стран. Вносятся предложения по усовершенствованию действующего законодательства Украины с учетом положительного зарубежного опыта.

**Ключевые слова:** ипотека; залог; обеспечение исполнения обязательств; ипотечные гражданские правоотношения.

### Summary

**Chanyshera A. R.** Legal regulation of mortgage according to the legislation of Ukraine and several western countries. — Article.

In the article the definition of mortgage according to the legislation of Ukraine and several western countries is provided. Propositions on improvement of current legislation of Ukraine based on positive foreign experience are introduced.

**Keywords:** mortgage; pledge; securing of fulfillment of obligations; mortgage civil legal relations.

### ЮРИСДИКЦІЯ МОРСЬКОЇ АРБИТРАЖНОЇ КОМІСІЇ ПРИ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇНИ

Говорячи про питання юрисдикції того чи іншого органу, доцільно почати з надання визначення самого поняття юрисдикції.

Попри часте застосування терміна юрисдикція у нормативно-правових актах, у тому числі і кодифікованих, розкриття зазначеного терміна на законодавчому рівні відсутнє. Спроби тлумачення терміна робилися неодноразово. Так у 2010 році громадянин С. М. Шалівський звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням дати офіційне тлумачення термінів «повноваження» та «юрисдикція», які містяться в тексті Конституції України тощо. На жаль, ухвалою Конституційного Суду України від 14 липня 2010 року у відкритті конституційного провадження у справі за згаданим конституційним зверненням було відмовлено через невідповідність конституційного звернення вимогам, передбаченим Конституцією України, Закону України «Про Конституційний Суд України» та невідомість Конституційному Суду України питань, порушених у конституційному зверненні.

В тлумачних словниках термін юрисдикція (лат. *jurisdictio* — судочинство, відання суду) розтлумачується як підсудність, право відправляти судочинство та вирішувати певні питання або правова сфера, на яку поширюються повноваження відповідного державного органу [9]. Новий тлумачний словник визначає юрисдикцію як коло повноважень судового чи адміністративного органу з правової оцінки конкретних фактів, у тому числі з вирішення спорів та застосування передбачених законом санкцій [8].

Тобто тривалий час у науковій літературі юрисдикція ототожнювалася із судочинством, правосуддям та підсудністю, межами компетенції того чи іншого судового органу, а також з повноваженнями вирішувати справи і застосовувати санкції. З часом розуміння юрисдикції зазнало певних змін, і сьогодні вона визначається як сукупність повноважень відповідних державних органів вирішувати правові спори і справи про правопорушення [2].

В літературі зазначається, що діяльність держави, яка пов'язана із розглядом справи про правопорушення або правовий спір і прийняття рішення по ньому, визначає зміст юрисдикційної діяльності будь-яких органів державної влади. Юрисдикція як вид діяльності органів державної влади безпосередньо пов'язана з охороною суспільних відносин і полягає в розгляді державно-владними органами юридичної справи по суті та прийнятті по неї рішення, виконання якого може забезпечуватися примусовою силою держави.

Суддя Конституційного Суду України В. М. Кампо у своїй окремій думці до Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 19, ст. 144 Конституції України, ст. 25, ч. 14 ст. 46, ч. 1, 10 ст. 59 Закону України

«Про місцеве самоврядування в Україні» № 7-рп/2009 від 16 квітня 2009 року визначив юрисдикційну функцію органів місцевого самоврядування як правоконтрольну.

Ще більше питань без відповідей викликає тлумачення такого поняття, як «адміністративна юрисдикція».

Розглядаючи зазначену проблематику, необхідно ще раз наголосити на тому, що загальновизнаного підходу до визначення юрисдикційної і безпосередньо адміністративно-юрисдикційної діяльності в юридичній літературі досі немає [4, 341].

Серед наукових підходів щодо визначення та змісту адміністративної юрисдикції можна виділити три типи сприйняття та розуміння цього терміна. При першому підході науковці сприймають адміністративну юрисдикцію тільки як розгляд і вирішення справ про адміністративні правопорушення, а також розгляд адміністративних публічних спорів в адміністративних судах. Другий підхід полягає в тому, що адміністративна юрисдикція, окрім вищенаведеного, включає в себе також групу заходів адміністративного припинення і забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення, а також іншу діяльність компетентних органів, пов'язану з притягненням особи до адміністративної відповідальності (наприклад, складання протоколу про адміністративне правопорушення). Третій підхід полягає в тому, що адміністративна юрисдикція розглядається як діяльність компетентних органів (службових осіб) по застосуванню заходів адміністративно-правового примусу. Тобто в зміст адміністративної юрисдикції, на відміну від другого підходу, включається також і діяльність по застосуванню заходів адміністративного попередження.

Отже, адміністративна юрисдикція є одним з видів юрисдикційної діяльності органів державної влади і виступає як складова частина реалізації владних повноважень, деякі науковці навіть вважають, що адміністративна юрисдикція є специфічним різновидом правоохоронної діяльності її органів [7].

Враховуючи вищенаведене, можна цілком точно виділити певні ознаки адміністративної юрисдикції:

1) наявність правопорушення (правового конфлікту). Розгляд і рішення юридичних справ, обумовлених позитивними обставинами, не охоплюються юрисдикційною діяльністю. Юрисдикція виникає лише тоді, коли необхідно вирішити суперечку про право, порушення встановлених правових норм. Щодо адміністративної юрисдикції такого роду суперечки виникають між сторонами суспільних відносин, які регулюються адміністративно-правовими нормами, здобуваючи характер адміністративно-правових суперечок [1];

2) наявність законодавчо регламентованої процесуальної форми здійснення адміністративної юрисдикції. У зв'язку з тим, що суб'єктами здійснення адміністративної юрисдикції здебільшого виступають органи влади, порядок та процедура її здійснення здебільшого чітко регламентована законодавчими актами;

3) участь самих сторін конфлікту в процесі його вирішення. Сторони суперечки не є пасивними спостерігачами розгляду справи юрисдикційним орга-

ном, а є активними учасниками його вирішення, доводять свою позицію, надають докази своєї невинуватості на засадах змагальності тощо;

4) розмаїтість органів, які її здійснюють. Це обумовлено, передусім, можливістю інстанційного оскарження дій, бездіяльності і рішень органів, які наділені адміністративною юрисдикцією;

5) завершення адміністративно-юрисдикційної діяльності ухваленням певного процесуального рішення обов'язкового для сторін конфлікту, яке врегульовує конкретне питання по суті конфлікту. Таке рішення може у собі включати також і певні санкції;

6) гарантування засобами державного примусу виконання вищезазначеного рішення у повному обсязі.

Крім того, науковці також виділяють певні принципи, на яких ґрунтується адміністративно-юрисдикційна діяльність. Такими принципами, зокрема, є законність, професіоналізм, захист інтересів держави й особи, об'єктивна істина, змагальність, офіційність, економічність тощо [1].

З огляду на вищевикладене, адміністративну юрисдикцію можна визначити як систему органів, що здійснюють діяльність, пов'язану, по-перше, з розглядом і вирішенням адміністративних публічних спорів, по-друге, з притягненням особи до адміністративної відповідальності, по-третє, з застосуванням інших заходів примусу, передбачених нормами адміністративного права, у зв'язку з порушенням норм чинного законодавства.

Наступним питанням, яке ми спробуємо розглянути, є питання щодо суб'єктів адміністративної юрисдикції. Перш за все слід відмітити, що специфікою адміністративної юрисдикції є розмаїтість органів, які її здійснюють. Велика кількість питань з різних сфер життя суспільства може бути вирішена за допомогою органів, які наділені адміністративною юрисдикцією.

Враховуючи вищенаведені ознаки адміністративно-юрисдикційної діяльності, видається можливим, що таку діяльність здійснюють судові органи держави. Тим паче, що у ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України дано визначення справи адміністративної юрисдикції — це переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. У ст. 16 Кодексу України про адміністративні правопорушення йдеться про «іммунітет іноземців від адміністративної юрисдикції», що також може свідчити про зв'язок адміністративної юрисдикції з процедурами накладання адміністративних стягнень.

Безумовно, суди займають особливе місце в системі адміністративно-юрисдикційних органів. Разом з тим хочемо наголосити, що адміністративне судочинство виступає, перш за все, як різновид звичайного правосуддя і його не можна розглядати як форму управлінської діяльності, оскільки суд не є органом керування. Крім того, правосуддя як основний напрям діяльності судової влади, безумовно, є найбільш досконалим засобом правової охорони інтересів

держави і людини, але зовсім не єдиним. Потрібно розмежовувати поняття «адміністративна юрисдикція» та «адміністративна юстиція». Відповідно до статті 1 Кодексу адміністративного судочинства України, Кодекс адміністративного судочинства України визначає юрисдикцію, повноваження адміністративних судів щодо розгляду адміністративних справ, порядок звернення до адміністративних судів та порядок здійснення адміністративного судочинства. В такому випадку, справи, які розглядає суд, є адміністративно-юрисдикційними, однак сам суд, який ці справи розглядає, є органом адміністративної юстиції. Поняття адміністративної юрисдикції є значно ширшим, ніж поняття адміністративної юстиції, та має більш глибоку правову природу.

Зазначений підхід підкреслює принцип розподілу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову.

З огляду на вищевикладене адміністративну юрисдикцію можна визначити як систему органів, що здійснюють діяльність, пов'язану, по-перше, з розглядом і вирішенням спорів, по-друге, з притягненням особи до відповідальності, по-третє, з застосуванням інших заходів примусу, у зв'язку з порушенням норм чинного законодавства.

Звично питання адміністративної юрисдикції пов'язують з діяльністю органів виконавчої влади, разом з тим, враховуючи нинішні глобалізаційні процеси, які сьогодні охоплюють світ; процеси модернізації правових систем країн; об'єктивне розширення переліку суб'єктів адміністративного права; процеси трансформації «ідеальних» норм внутрідержавного права в норми міжнародного адміністративного права; становлення системи норм наднаціонального міжнародного (глобального) адміністративного права, які встановлюються міжнародними організаціями та регулюють певні сфери людського життя, питання адміністративної юрисдикції виходять за межі повноважень владних органів держави, за межі звичного розуміння цього питання.

Сьогодні немає таких секторів суспільного життя, які б випадали цілком із сфери адміністративно-правового контролю [3]. Сьогодні майже вся людська діяльність регулюється нормами адміністративного внутрішнього чи міжнародного права. Відповідно, наслідком цього є проникнення адміністративного права до сфери регулятивного функціонування інших правових галузей.

Саме завдяки міжнародному адміністративному праву можливо існування таких установ, як морські арбітражі, організацію діяльності яких регулюють норми внутрішнього права. Процедура розгляду спорів та право, яким керуються такі арбітражі, відносяться, здебільшого, до міжнародного адміністративного права, а виконання таких рішень забезпечується міжнародним адміністративним правом за процедурою, передбаченою внутрішнім правом країни, на території якої таке рішення виконується.

Спробуємо дослідити питання юрисдикції на прикладі Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України (далі — Морська арбітражна комісія).

Морська арбітражна комісія за своєю правовою природою є самостійною постійно діючою арбітражною установою (третейським судом), що здійснює

свою діяльність згідно з Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Морська арбітражна комісія вирішує спори, які випливають з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають із торгового мореплавства, незалежно від того, чи є сторонами таких відносин суб'єкти українського та іноземного або лише українського чи тільки іноземного права. Зокрема, Морська арбітражна комісія вирішує спори, що випливають із відносин: 1) щодо фрахтування суден, морського перевезення вантажів, а також перевезення вантажів у змішаному плаванні (ріка — море); 2) щодо морського буксирування суден та інших плавучих засобів; 3) щодо морського страхування і перестрахування; 4) пов'язаних з купівлею-продажем, заставою та ремонтом морських суден та інших плавучих засобів; 5) з лоцманської і льодової проводки, агентського та іншого обслуговування морських суден, а також суден внутрішнього плавання, оскільки відповідні операції пов'язані з плаванням таких суден морськими шляхами; 6) зв'язаних з використанням суден для здійснення наукових досліджень, видобування корисних копалин, гідротехнічних та інших робіт; 7) щодо рятування морських суден або морським судном судна внутрішнього плавання, а також щодо рятування в морських водах судном внутрішнього плавання іншого судна внутрішнього плавання; 8) зв'язаних з підніманням затонулих у морі суден та іншого майна; 9) зв'язаних із зіткненням морських суден, морського судна і судна внутрішнього плавання, суден внутрішнього плавання у морських водах, а також з заподіянням судном пошкоджень портовим спорудам, засобам навігаційної обстановки та іншим об'єктам; 10) зв'язаних із заподіянням пошкоджень рибальським сітям і іншим знаряддям лову, а також з іншим заподіянням шкоди під час здійснення морського рибного промислу. Морська арбітражна комісія вирішує також спори, що виникають у зв'язку з плаванням морських суден і суден внутрішнього плавання по міжнародних ріках, у випадках, вказаних в цій статті, а також спори, зв'язані із здійсненням суднами внутрішнього плавання закордонних перевезень [6].

Передумовою для звернення до Морської арбітражної комісії є або наявність угоди між сторонами про передачу спорів на її вирішення або у разі зобов'язання сторін щодо передачі спорів на її вирішення в силу міжнародних договорів [6].

Одразу зазначимо, що відповідно до ратифікованої Україною Європейської конвенції про зовнішньо-торговельний арбітраж та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» сторонами угоди про передачу спорів на розгляд Морської арбітражної комісії можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, які на день укладення такої угоди мають постійне місце проживання або місцезнаходження в державах, що є сторонами зазначеної Конвенції. Більше того, ч. 1 ст. 2 згадуваної Конвенції юридичні особи, які відповідно до внутрішнього законодавства є «юридичними особами публічного права», також мають можливість укласти такі угоди.

За наявності такої угоди та за наявності відповідної компетенції, Морська арбітражна комісія вирішує спір по суті. Більше того, до компетенції Морсь-

кої арбітражної комісії віднесено повноваження щодо встановлення розміру і форми забезпечення вимоги і, зокрема, у разі необхідності Морська арбітражна комісія може прийняти постанову про накладення арешту на судно або вантаж іншої сторони, які знаходяться в українському порту.

Фактично при прийнятті рішення про накладення арешту на судно або вантаж іншої сторони Морська арбітражна комісія вирішує правове питання, оскільки таке рішення приймається на правових підставах та породжує певні юридичні наслідки у вигляді арешту судна. Частина 1 ст. 41 Кодексу торговельного мореплавства України передбачає, що судно може бути заарештовано або звільнено з-під арешту виключно на підставі рішення суду, арбітражного суду або голови Морської арбітражної комісії. Відповідно до ст. 47 цього ж Кодексу, вищенаведені правила застосовуються також до суден, які знаходяться у державній власності і здійснюють виключно комерційну діяльність. З одного боку, арешт судна не є видом стягнення або видом відповідальності. У відповідності до загальних принципів цивільного права, арешт судна є тільки заходом забезпечення позову та не включає у собі заходи, які здійснюються з метою виконання рішень суду або рішень Морської арбітражної комісії, які набрали чинності.

Крім того, необхідно звернути увагу на порядок виконання рішень Морської арбітражної комісії.

Морська арбітражна комісія приймає рішення тільки від свого імені, ці рішення, ухвалені в межах чинного законодавства, є обов'язковими лише для сторін спорів. Тобто зрозуміло, що, враховуючи договірну природу підстав звернення до Морської арбітражної комісії загалом, законодавець розраховував, перш за все на добровільне виконання арбітражного рішення самими сторонами.

Разом з тим у разі невиконання рішення Морської арбітражної комісії сторонами добровільно, держава забезпечила його виконання в примусовому порядку.

Пунктом 1 ч. 2 ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження» передбачено, що виконавчі листи, що видаються судами, і накази господарських судів, у тому числі на підставі рішень третейського суду та рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті і Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті підлягають виконанню державною виконавчою службою.

У такому разі державні судові органи фактично без будь-якого розгляду своїм наказом «посвідчують» рішення Морської арбітражної комісії.

Однак, з урахуванням вищевикладеного та при розумінні складної правової природи Морської арбітражної комісії, можна зробити висновок про наявність адміністративної юрисдикції у цього органу:

1) за характером своєї діяльності Морська арбітражна комісія має справу з вирішенням по суті правових конфліктів, пов'язаних з певними правовідносинами, визначеними частиною другою Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України, що є додатком до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Фактично предметом роз-

гляду Морської арбітражної комісії є спір про право, спір про порушення встановлених правових норм;

2) наявність законодавчо регламентованої форми здійснення арбітражного провадження. Діяльність Морської арбітражної комісії регламентовано як нормами національного, так і міжнародного законодавства;

3) сторонами конфлікту, що може бути предметом розгляду Морської арбітражної комісії, можуть бути фізичні та юридичні особи, у тому числі юридичні особи публічного права;

4) сторони конфлікту приймають активну участь у його розгляді Морською арбітражною комісією, мають визначені права та обов'язки;

5) завершення арбітражного розгляду відбувається у формі винесення рішення. Хоча таке рішення не ухвалюється від імені держави безпосередньо, воно є обов'язковим до виконання;

6) виконання рішення Морської арбітражної комісії гарантується шляхом застосування механізмів державного примусу;

7) діяльність Морської арбітражної комісії не є формою здійснення правосуддя, хоча компетенція судових органів у розгляді справ про оскарження рішень Морської арбітражної комісії є обмеженою, оскільки відповідно до положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», її рішення може бути скасоване виключно через порушення процедурних вимог щодо порядку розгляду справи або якщо об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством України, або у разі, якщо арбітражне рішення суперечить публічному порядку України. Тобто рішення Морської арбітражної комісії у жодному разі не може бути скасовано через неправильне застосування норм матеріального права.

Підсумовуючи вищевикладене, можна стверджувати про розуміння Морської арбітражної комісії як спеціалізованого державно-громадського органу з чітко визначеним обсягом повноважень, який здійснює недержавну юрисдикційну діяльність з вирішення спорів у сфері договірних і цивільно-правових відносин.

### Література

1. Адміністративне право України: підруч. для юрид. вузів і ф-тів / Ю. П. Битяк, В. М. Гарашук; за ред. Ю. П. Битяка. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 544 с.
2. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций. В 2 т. Т. 1 / С. С. Алексеев. — Свердловск, 1972. — 396 с.
3. Бребан Г. Французское административное право / Г. Бребан. — М.: Прогресс, 1988. — С. 21.
4. Адміністративне право України. Основні поняття: навч. посіб. / І. П. Голосніченко, М. Ф. Стасхурський, Н. І. Золотарьова. — К., 2005. — С. 233.
5. Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный / Т. Ф. Ефремова. — М.: Рус. яз., 2000.
6. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24 лют. 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.
7. Пелько Ю. Адміністративна юстиція і адміністративна юрисдикція: деякі теоретичні та практичні питання співвідношення // Право України. — 2001. — № 10. — С. 72–75.
8. Пилипенко А. Адміністративно-юрисдикційна діяльність органів виконавчої влади: питання

- теорії [Електронний ресурс] / А. Пилипенко ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — Режим доступу : <http://www.lawbook.by.ru/magaz/pravoukr/0402/05.shtml>.
9. Словарь иностранных слов / П. Г. Комлев. — М. : ОКСМО-Пресс, 2000. — 1308 с.
10. Толковый словарь / под ред. С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой. — М. : Азъ, 1992. — 506 с.
11. Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. — М., 1935–1940. — Т. 1–4. — Переиздавался в 1947–1948 гг. ; Репринтное издание : М., 1995; М., 2000.

### Анотація

**Семаніва Ю. В.** Юрисдикція Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України. Стаття.

Стаття досліджує питання юрисдикції Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України. Автор робить спробу тлумачення терміна «юрисдикція», визначає ознаки адміністративної юрисдикції та доводить наявність адміністративної юрисдикції у Морській арбітражній комісії при Торгово-промисловій палаті України. За результатами дослідження автор робить висновок про розуміння Морської арбітражної комісії як спеціалізованого державно-громадського органу з чітко визначеним обсягом повноважень, який здійснює педержавну юрисдикційну діяльність з вирішення спорів у сфері договірних і цивільно-правових відносин.

**Ключові слова:** юрисдикція, морська арбітражна комісія, Торгово-промислова палата України.

### Аннотация

**Семаніва Ю. В.** Юрисдикция Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины. Статья.

В статье исследуются вопросы юрисдикции Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины. Автор делает попытку толкования термина «юрисдикция», определяет признаки административной юрисдикции и доказывает наличие административной юрисдикции у Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины. В результате исследования автор делает вывод о понимании Морской арбитражной комиссии как специализированного государственно-общественного органа с четко определенным объемом полномочий, который осуществляет негосударственную юрисдикционную деятельность по разрешению споров в сфере договорных и гражданско-правовых отношений.

**Ключевые слова:** юрисдикция, морская арбитражная комиссия, Торгово-промышленная палата Украины.

### Summary

**Semaniva Y. V.** Jurisdiction of Maritime arbitration commission at Chamber of commerce of Ukraine. — Article.

This article investigate a question concerning jurisdiction of Maritime Arbitration commission at Chamber of commerce of Ukraine. In this article, the author attempts to interpret the term «jurisdiction», defines the characteristics of administrative jurisdiction and shows the existence of administrative jurisdiction of the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of commerce of Ukraine. Consequently, the author define Maritime Arbitration Commission as the specialized body with public and social characteristics, which has a state power, clear competence with non-governmental jurisdictional activity of solving commercial and civil relations.

**Keywords:** Jurisdiction, maritime arbitration commission, Chamber of commerce of Ukraine.

### ОРГАНІЗАЦІЇ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ АВТОРСЬКИМИ І СУМІЖНИМИ ПРАВАМИ

У сучасному світі процес використання авторських прав перетворюється на потужну індустрію, що приносить надприбутки, існує за своїми законами і правилами та вимагає спеціальних знань та навичок у різних галузях законодавства, виробництва та надання послуг, для опанування яким потрібна спеціальна підготовка. Тому на практиці автори рідко самостійно здійснюють управління авторськими і суміжними правами, що їм належать. Як правило, вони роблять це у тих випадках, коли йдеться про особисті немайнові права або коли їх твір готується вперше стати доступним для публіки, здійснюючи, таким чином, своє право на оприлюднення твору.

Автор особисто потурбується про те, щоб його перша зустріч з публікою, що важлива для його репутації, відбулася в максимально сприятливих умовах. Письменник, як правило, особисто веде переговори з видавцем про випуск свого літературного твору, а композитор зробить те ж саме при виданні своїх музичальних творів або при виготовленні їх звукозапису. Драматург працюватиме з театром, де готується до першої постановки його п'єси, а художник чи скульптор сам вибере галерею, де відбудеться перша виставка його скульптур або картин [1, 23].

Після оприлюднення автор до певної міри втрачає інтерес до свого твору. В нього починає визрівати новий задум, і автор, як правило, передає управління використанням твору в руки посередника, який за нього і від його імені веде переговори, консультуючись з ним тільки в разі, коли необхідно прийняти рішення серйозного характеру з непередбачуваними наслідками.

Але не завжди автор або його представник може реально відслідковувати, як використовується твір, та збирати за законом відрахування за таке використання. В даному випадку не обійтись без допомоги спеціалізованих організацій по збору і розподілу авторської винагороди (роялті) за використання творів, що здійснюють управління майновими правами на колективній основі.

Окремі питання правового регулювання відносин інтелектуальної власності, які виникають за участю організацій колективного управління, досліджувались у наукових працях Н. Абрамової, С. Бондаренко, Т. Давиденко, П. Калениченко, Л. Тимофієнко та ін. Разом з тим залишаються питання, які потребують подальшого дослідження та належного урегулювання на законодавчому рівні, зокрема визначення понять та категорій, пов'язаних із колективним управлінням. Не врегульованими залишаються також такі питання діяльності організацій колективного управління, як визначення частки зібраної організаціями винагороди, що має йти на фінансування її адміністративної діяльності, можливість застосування розширеного колективного управління, межі застосування обов'язкового (примусового) колективного управління, вимоги до до-

говорів, що мають застосовуватися у відносинах організацій із суб'єктами прав інтелектуальної власності та користувачами об'єктів авторського права і суміжних прав тощо [2].

Порядок здійснення управління майновими правами автора визначається Законом України «Про авторське право і суміжні права». Так, ст. 45 встановлює, що суб'єкти авторського права можуть управляти своїми правами:

- а) особисто;
- б) через свого повіреного;
- в) через організацію колективного управління.

Суб'єкт авторського права може доручити управління своїми майновими правами повіреному на підставі укладеного з ним договору-доручення. Здійснюючи управління майновими правами, ця особа діє у межах повноважень, переданих їй суб'єктом авторського права [3].

Колективне управління правами означає, що організація управляє правами від імені колективу авторів. Зібрані у результаті такої діяльності винагорода не використовується для колективних цілей: це не податок, а винагорода, яка належить автору за його творчу працю. Тому слід говорити про колективне управління, при якому здійснюється індивідуальний розподіл [4,119].

Отже, колективне управління є одним із найбільш ефективних способів забезпечення законних інтересів автора у тих випадках, коли вони мають справу з багатьма користувачами.

Крім того, колективне управління є найбільш ефективним способом полегшити публічне розповсюдження творів у разі, коли користувач має справу з багатьма творами та багатьма правоволодільцями.

Як свідчить світовий досвід, колективне управління здійснюється у таких випадках:

- право на публічне виконання та публічне сповіщення музичних творів («малі права»);
- право на відтворення (звуковий запис) музичних творів («механічні права»);
- право на публічне виконання драматичних і музично-драматичних творів («великі права»);
- право наслідування на твори образотворчого мистецтва;
- право на відтворення репрографічним способом літературних і графічних творів;
- право на введення в комп'ютерну систему і виведення з комп'ютерної системи творів (включаючи «електронне копіювання»).

Структури, які здійснюють колективне управління, можуть бути приватними або громадськими, незалежними чи державними організаціями, що взяли на себе такі функції. Держава при цьому здійснює обов'язково контроль і нагляд за діяльністю таких організацій, а також надає у разі потреби фінансову підтримку для їх ефективного функціонування [4, 119].

Відповідно до ст. 5 CISAC (Міжнародна конфедерація товариств авторів і композиторів) під організацією, яка здійснює колективне управління правами авторами, розуміється та організація, яка:

- 1) має на меті ефективно захищати майнові інтереси;
  - 2) має у своєму розпорядженні ефективний механізм для збору і розподілу авторської винагороди і несе повну відповідальність за операції, пов'язані з управлінням правами, які довірені їй авторами;
  - 3) не управляє (за винятком допоміжної діяльності) правами виконавців, виробників фонограм, організацій мовлення та інших власників прав [5, 75–76].
- Як свідчить практика, в країні повинна існувати тільки одна організація управління однією і тією же категорією прав. Існування двох або більше організацій в одній і тій же галузі може зменшити або навіть взагалі ліквідувати всі переваги колективного управління, оскільки між ними може виникнути нездорова конкуренція, що дозволить користувачу уникати сплати винагороди або значно її зменшувати.

Організації колективного управління створюються для того, щоб забезпечити інтереси авторів шляхом збору винагороди, яка належить їм за використання їх творів, а тому вони не мають на меті отримання прибутку і не можуть займатися комерційною діяльністю. Вони лише управляють правами у межах наданих їм повноважень і не можуть ними розпоряджатися за власним вибором.

Такі організації із сум коштів, зібраних на користь авторів, утримують комісійні у розмірі, який покриває витрати, пов'язані з організацією їх збору та розподілу.

Крім економічної ролі (збір та розподіл авторської винагороди) організації колективного управління здійснюють політичну роль, підтримуючи баланс між правом на ефективний захист інтересів авторів і правом на вільний доступ до культурного надбання. Вони повинні бути гарантом того, що цей баланс не буде порушений на користь авторів.

Для збереження можливості втручатися у випадку неконтрольованого використання твору, організації управління правами повинні сприяти авторам або їх правонаступникам у переданні прав на використання творів науки, літератури та мистецтва на індивідуальній основі, а також надавати допомогу своїм членам щодо їхнього повсякденного управління своїми правами. У цьому полягає їх правова, юридична роль.

Організація колективного управління відповідно до договорів, укладених з правовласниками, може представляти законні інтереси авторів або їх правонаступників у державних і громадських органах і організаціях, судах.

Організації мають право вчиняти будь-які юридичні дії, які необхідні для захисту майнових прав, колективним управлінням яких займається організація, пред'являти без індивідуальних доручень судові позови на користь авторів проти будь-яких фізичних і юридичних осіб, будь-яких адміністративних або інших органів, відповідальних за неправомірне використання творів. Ця діяльність оплачується за рахунок комісійних відрахувань.

Як визначено в оглядовому листі Вищого господарського суду України від 6 травня 2005 року № 01-8/784 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав» [6], за наявності договорів з авторами творів на управління їх

майновими правами організації колективного управління як суб'єкти авторського права мають право звертатися до господарського суду з позовами про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду або стягнення доходу, отриманих порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, і у тому випадку, коли з порушником авторського права організацією колективного управління не укладено будь-якої угоди.

Організація може допомагати автору в індивідуальному порядку під час переговорів про укладання договорів. Така допомога повинна мати обов'язковий характер і оплачується окремо за кожний укладений договір [7, 45].

На сьогоднішній день важливе значення для управління правами авторів (їх правонаступників) має діяльність Державного підприємства «Українське агентство з авторських і суміжних прав», що належить до сфери управління Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України та підпорядковано Державній службі інтелектуальної власності України.

Агентство є найбільшою і найавторитетнішою організацією колективного управління правами авторів в Україні. Відповідно до укладених угод із суб'єктами авторського права здійснюється управління правом на публічне виконання та публічне сповіщення музичних творів («малі права»), право на відтворення (звуковий запис) музичних творів («механічні права») та прав на публічне виконання драматичних і музично-драматичних творів («великі права»).

ДП УААСП здійснює колективне управління правами понад трьох тисяч вітчизняних авторів текстів (поетів, авторів-сценаріїв, письменників), авторів лібрето, перекладачів, драматургів, композиторів, художників-сценографів, художників по костюмах, режисерів-постановників, авторів хореографії. ДП УААСП як член CISAC уклали договори про взаємне представництво інтересів з організаціями інших країн, зокрема Росії, Франції, Німеччини, Італії, Англії, Іспанії, Аргентини, Греції, Туреччини, Польщі, Естонії, Литви, Латвії, Ірландії, Угорщини, Болгарії, Республіки Македонії, Вірменії, Чехії, Словаччини, Грузії, Молдови, Казахстану, Молдови, Японії, Ізраїлю, Швейцарії, Республіки Білорусь.

Для координації діяльності між організаціями та для вироблення шляхів удосконалення системи управління колективними правами авторів України з вищезазначених організацій було створено Координаційну раду організацій колективного управління, яка діє при ДСІВ [5, 87–88].

Не заперечуючи проти позитивних аспектів діяльності організацій колективного управління в Україні, слід зазначити, що багато питань потребують уточнення законодавчих положень.

По-перше, у законодавстві не приділено належної уваги питанням регулювання взаємовідносин організацій колективного управління з суб'єктами авторського права та суміжних прав. Зокрема, це стосується управління правами при наявності договорів, що практично не викликає суперечок та спірних питань, та здійснення управління без доручення правовласників, що є достатньо проблематичним, так як на організацію не покладається обов'язок повідомля-

ти автора про зібрану організацією винагороду за використання його творів. Крім того автор може укласти договір про управління правами з іншою організацією.

По-друге, відповідно до ч. 2 ст. 43 Закону України «Про авторське право і суміжні права» контроль за правомірним використанням фонограм (відеограм) здійснюють уповноважені Державним департаментом інтелектуальної власності організації колективного управління. На нашу думку, якщо організації наділяються контрольними повноваженнями, обов'язково має бути у законодавстві визначений механізм їх реалізації, чого, на жаль, поки немає. Відсутність порядку здійснення контролю може призводити до порушення прав та інтересів користувачів об'єктів авторського права та суміжних прав. Крім того, обґрунтовується точка зору, що організації колективного управління не мають права проводити перевірки в межах реалізації контрольних повноважень, так як господарські організації не наділені повноваженнями виконувати контрольні функції відносно дотримання суб'єктами господарювання законодавства про охорону прав на об'єкти авторського та суміжних прав [8].

На удосконалення правових засад діяльності організацій колективного управління спрямовано положення проекту закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав». Зокрема, проектом закону передбачено, що суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав можуть також доручати управління своїми майновими правами на колективній основі юридичній особі, що діє на основі державної форми власності, установчі документи якої передбачають здійснення функцій організації колективного управління. Допускається утворення окремих організацій, які управляють певними категоріями майнових прав певних категорій суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав, або організацій, які управляють різними майновими правами в інтересах різних категорій суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Колективне управління правами запроваджується як обов'язкове, розширене та добровільне колективне управління. Обов'язкове та розширене колективне управління застосовується у випадках і в порядку, визначеному Законом, зокрема: забезпечення права на винагороду (відрахувань) на користь авторів (авторів і видавців творів у разі репрографічного відтворення), виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм здійснюється виключно через уповноважені організації колективного управління у випадках: 1) кабельної ретрансляції творів; права слідування відповідно до ст. 27 цього Закону; репрографічного відтворення творів та їх частин (уривків); відтворення в домашніх умовах і в особистих цілях творів, виконань, зафіксованих у фонограмах, відеограмах, їх примірниках, а також аудіовізуальних творів та їх примірників; публічного виконання фонограм, публічної демонстрації відеограм, опублікованих з комерційною метою, а також їх примірників та зафіксованих у них виконань; публічного сповіщення, у тому числі повторного публічного сповіщення, кабельної ретрансляції, опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм чи їх примірників та зафіксованих у них виконань, у тому числі

публічного сповіщення за допомогою мережі Інтернет або інших подібних технологій. Цей перелік є вичерпним [9].

Таким чином, в умовах сьогодення організації колективного управління відіграють важливу роль у сфері забезпечення належної реалізації прав авторів та їх правонаступників. Разом з тим здійснення ефективного управління неможливе без належного правового регулювання відносин, які виникають між організаціями колективного управління, правовласниками та користувачами об'єктів авторського права та суміжних прав. У зв'язку з цим, поки відповідні доповнення та зміни не будуть внесені до законодавства, слід приділяти належну увагу визначенню умов договорів, які укладаються з організаціями колективного управління.

### Література

1. Тимофієнко Л. Управління авторськими правами // Інтелектуальна власність. — 1999. — № 9. — С. 23–26.
2. Левчун О. Колективне управління інтелектуальною власністю // Юридична газета. — 2008. — № 21.
3. Про авторське право і суміжні права : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 43. — Ст. 214.
4. Калениченко П. Колективне управління майновими авторськими і суміжними правами у музичному шоу-бізнесі України // Часопис Київського університету права. — 2007. — № 1. — С. 119–123.
5. Бондаренко С. Колективне управління правами суб'єктів авторського права і суміжних прав — невід'ємний елемент сучасної системи охорони прав інтелектуальної власності // Матеріали щорічної конференції Асоціації правників України. — К. : Еліт Прінт, 2004. — С. 75–88.
6. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав : оглядовий лист Вишого господарського суду України від 6 трав. 2005 р. № 01-8/784 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.arbitr.gov.ua](http://www.arbitr.gov.ua).
7. Дмитриченко А. К. Проблеми інтелектуальної власності в Україні // Національна безпека і оборона України. — 2001. — № 10. — С. 45–50.
8. Насадюк А. Сельпом по музыке // Юридическая практика. — 2009. — № 31.
9. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=37985](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=37985)

### Анотація

**Ізбаш О. О.** Організації колективного управління авторськими і суміжними правами. — Стаття.

У статті проаналізовано особливості правового статусу організацій колективного управління, що дозволяє сформулювати висновки щодо характерних рис, притаманних цим організаціям.

**Ключові слова:** автор, виконання твору, відшкодування збитків, об'єкт суміжних прав, фонограма, музичний твір.

### Аннотация

**Избаш А. О.** Организации коллективного управления авторскими и смежными правами. — Статья.

В статье проанализированы особенности правового статуса организаций коллективного управления, которые позволяют сформулировать выводы относительно характерных черт, присущих этим организациям.

**Ключевые слова:** автор, исполнение произведения, возмещение убытков, объект смежных прав, фонограмма, музыкальное произведение.

### Summary

*Izbash O. O. Collective management organizations copyright and related rights. — Article.*

In this article we will analyse the features of legal status of organizations of collective management, which will allow to formulate conclusions in relation to the personal touches, inherent these organizations.

*Keywords:* author, implementation of work, reimbursement of losses, object of contiguous rights, phonogram, piece of music.

УДК 342.727:821

Ю. В. Хижняк

### ПИСАТЕЛЬ И ВЛАСТЬ: О ПРАВЕ НА СВОБОДУ ТВОРЧЕСТВА

Проблема взаимоотношений в системе «государственная власть — общество — писатель» под влиянием разнообразных факторов то заостряется, становясь болезненной раной на теле общества, то утихает. От характера этих взаимоотношений зависит признание или непризнание за писателем права на свободу литературного творчества.

Занимаясь исследованием вопроса отображения правовой и государственной жизни в творчестве Булгакова, автор статьи обратился, в том числе, и к проблеме права на свободу творчества, а также отношений между писателем и властью. Данные вопросы являются актуальными для исследования ввиду творческой судьбы самого Булгакова и ввиду того, что они затронуты в романе Булгакова «Жизнь господина де Мольера». Это возможно проиллюстрировать следующими двумя фактами из биографии Булгакова и Мольера. В 1933 г. редактор серии «Жизнь замечательных людей» А. Н. Тихонов отказал М. А. Булгакову в публикации романа «Жизнь господина де Мольера». А в 1659 г. влиятельные лица, посетители салона мадам Рамбуйе, входящие в самый высший придворный круг во Франции времен Людовика XIV, настояли на снятии с постановки в театре пьесы французского драматурга Мольера «Смешные драгоценные».

Актуальность этого исследования также подтверждается и тем, что ситуации, в которых заостряются отношения между властью и писателем, возникали не только во времена Мольера, в XVII веке, или во времена Булгакова, в XX веке, но возникают и сегодня. Так, в 2011 г. директор киевского издательства «Фолио» Александр Красовицкий публично выступил с критикой решения Шевченковского комитета о присуждении престижной Шевченковской премии по литературе в 2011 г. Василию Шкляру за роман «Черный ворон». Это произошло на заседании общественной организации «Собор гражданского согласия» во главе с министром образования Украины Дмитрием Табачником. В результате писатель отказался от государственной премии.

Целью данного исследования является выявление и анализ нарушений властью права писателя на свободу литературного творчества, а также анализ

взаимоотношений между властью и писателем на примере отношений, во-первых, М. А. Булгакова и И. В. Сталина, во-вторых, Мольера и Людовика в романе Булгакова «Жизнь господина де Мольера».

Чтобы определить понятие права на свободу творчества, необходимо выяснить, что такое свобода творчества. Под понятием «свобода творчества» следует понимать возможность лица по собственному выбору и в зависимости от своих возможностей определять сферу, содержание и форму творчества [1, 191–192].

Таким образом, свобода литературного творчества вряд ли может быть ограничена государственной властью. Когда писатель создал своё произведение, он уже реализовал свою свободу творчества, он самостоятельно избрал сферу, содержание и форму этого творчества. Но когда писатель решает своё творение вывести в свет, он вступает в правоотношение с государством. И тут мы уже перемещаемся в плоскость правовую и говорим уже не о свободе творчества, а о праве на свободу творчества.

Предусмотренное в ст. 309 Гражданского кодекса Украины право на свободу литературного творчества развивает положения, закрепленные в ст. 54 Конституции Украины и ст. 27 Всеобщей декларации прав человека.

Право на свободу литературного творчества является субъективным правом, которое состоит из следующих правомочий, являющихся структурными элементами его содержания:

1) возможность каждого человека заниматься всеми видами литературной деятельности в соответствии с его интересами и потребностями. Личность может иметь определенные задатки к тем или иным видам творчества. В то же время степень развития творческих способностей выражается понятиями таланта и гениальности. Однако если они отсутствуют, закон не может лишить человека права на свободу творчества;

2) возможность каждого человека заниматься литературной деятельностью как на профессиональной, так и на непрофессиональной (любительской) основе. Этому служит равноправие профессионального и непрофессионального творческого работника в области авторского права, права на интеллектуальную собственность, свободу распоряжения результатами своего труда, поддержку государства;

3) возможность требования, которая проявляется в понуждении обязанного лица создать необходимые условия для реализации права на свободу литературного творчества;

4) право притязания, которое означает, что творческий работник вправе обжаловать в установленном порядке действия лиц, государственных и иных органов, нарушающие его права и законные интересы, а также обращаться в суд за защитой своего нарушенного права;

5) возможность пользования социальным благом, заключающаяся в том, что творческий работник имеет право на свободу распоряжения результатами своей деятельности, на получение вознаграждения за свой труд. Он может также самостоятельно решать вопрос о выпуске своего произведения в свет, при-

дании произведению окончательной формы, имеет право на охрану результата творческой деятельности.

Следовательно, можно сделать вывод, что право на свободу творчества представляет собой комплексное субъективное право, состоящее из таких правомочий, как возможность действия, возможность требования соответствующего поведения от обязанного лица, право притязания, возможность пользования социальным благом по распоряжению результатами своей деятельности [2].

Гарантией осуществления права на свободу литературного творчества является запрет цензуры. Статья 45-1 Закона Украины «Об информации» определяет её понятие: «Цензура как требование, адресованное средству массовой информации, журналисту, главному редактору, организации, выпускающей средство массовой информации, его учредителю (соучредителю), издателю, распространителю, предварительно согласовывать распространяемую информацию (кроме случаев, когда такое требование поступает от автора указанной информации или иного субъекта авторского права и (или) смежных прав на нее), и (или) как наложение запрета (кроме случаев, когда такой запрет налагается судом) или воспрепятствование в любой иной форме тиражированию или распространению информации со стороны органов государственной власти или органов местного самоуправления, их должностных лиц запрещена» [3].

Разграничив понятия свободы творчества и права на свободу творчества, можно сделать вывод, что как Мольером, так и Булгаковым свобода литературного творчества была реализована. Право же на эту свободу было нарушено.

Судьба романа Булгакова «Жизнь господина де Мольера» является ярким примером морального насилия государственной власти и общества над художником. Ведь, как и многое другое из творчества писателя, этот роман при жизни автора так и не был опубликован.

Безусловно, «Жизнь господина де Мольера» — произведение во многом автобиографичное. Тщательно изучив необходимый исторический и литературный материал и осмыслив все перипетии судьбы великого комедиографа, осознав цену, которую тот заплатил за сохранение своих пьес и за существование своего театра, Булгаков создал биографию Мольера, основанную на достоверных фактах жизни своего героя. «Жизнь Господина де Мольера» — это своеобразная исповедь автора о своей собственной жизни в искусстве, повесть о трагедии художника, столкнувшегося с деспотизмом власти, это печальное, глубокое произведение о сложнейшем и опасном искусстве театра, искусстве сиюминутном и во все времена зависимом от общества и мнения сильных мира сего.

После того как Булгаков сдал рукопись романа в издательство, он получил развернутый отзыв редактора серии «Жизнь замечательных людей» А. Н. Тихонова. Отзыв был резко отрицательным, хотя и признавал достоинства булгаковского таланта. Замечания А.Н. Тихонова удивительным образом бьют именно по тем особенностям книги, которые делают ее привлекательной для читателей. Достаточно привести только некоторые фрагменты: «Ваш рассказчик страдает любовью к афоризмам и остроумию. Некоторые из этих афоризмов звучат

по меньшей мере странно. Например: «Актеры до страсти любят вообще всякую власть», «Лишь при сильной и денежной власти возможно процветание театрального искусства», «Кто разберет, что происходит в душе у властителей людей» и прочее в этом роде. Он постоянно вмешивается в повествование со своими замечаниями и оценками, почти всегда мало уместными и двусмысленными (о ящерицах, которым отрезают хвост, о посвящениях, которые писал Мольер высоким особам, о цензуре и пр.). За некоторыми из этих замечаний довольно прозрачно проступают намеки на нашу советскую действительность, особенно в тех случаях, когда это связано с Вашей личной биографией (об авторе, у которого снимают с театра пьесы, о социальном заказе и пр.)» [4, 532].

Творец может самостоятельно решать вопрос о выпуске своего произведения в свет, о придании произведению окончательной формы. Поэтому такое обоснование Тихоновым отказа публиковать роман является нарушением права писателя на свободу творчества и яркой иллюстрацией господства цензуры в государстве. Почему писатель, если он считает, что его творение обладает художественной целостностью, полностью отвечает первоначальному замыслу, должен его корректировать, чтобы добиться его публикации?

Ту же ситуацию рисует нам автор и в самом романе. Так, например, в одном из эпизодов пьесу Мольера «Смешные драгоценные» запретили к дальнейшим представлениям. И тогда драматург «решил прибегнуть еще к одному способу, для того, чтобы вернуть пьесу к жизни. Способ этот издавна известен драматургам и заключается в том, что автор под давлением силы прибегает к умышленному искажению своего произведения. Крайний способ! Так поступают ящерицы, которые, будучи схвачены за хвост, отламывают его и удирают. Потому что всякой ящерице понятно, что лучше жить без хвоста, чем вовсе лишиться жизни» [5, 88].

Возвращаясь к истории с самим романом «Жизнь господина де Мольера», необходимо отметить, что Михаил Афанасьевич на предложение редактора пойти на вышеуказанный «крайний способ» ответил отказом. Читаем в его ответном письме А. Н. Тихонову: «Вопрос идет о полном уничтожении той книги, которую я сочинил, и о написании взамен ее новой, в которой речь должна идти совершенно не о том, о чем я пишу в своей книге....

Вы сами понимаете, что, написав свою книгу налицо, я уж никак не могу переписать ее наизнанку. Помилуйте! Итак, я, к сожалению, не могу переделывать книгу и отказываюсь переделывать. Но что ж делать в таком случае?

По-моему, у нас, Александр Николаевич, есть прекрасный выход. Книга непригодна для серии. Стало быть, и не нужно ее печатать. Похороним ее и забудем!» [4, 534].

На страницах романа Булгаков неоднократно затрагивает вопрос отношений между властью и художником. «Актеры до страсти любят вообще всякую власть. Да им и нельзя ее не любить! Лишь при сильной, прочной и денежной власти возможно процветание театрального искусства» [5, 46]. «Искусство цветет при сильной власти!» [5, 58]. Олицетворением же этой сильной власти для Булгакова был Сталин, а для Мольера — Людовик.

В романе Михаил Афанасьевич описывает отношения между Мольером как художником, с одной стороны, и Людовиком, как олицетворением власти, с другой. Карьера Мольера напрямую зависела от расположения короля, а иногда просто от его сиюминутных прихотей. Однако интересно следующее: несмотря на то, что власть пугает своими непостоянными предпочтениями («Непостоянны сильные мира сего! И дал бы я совет всем комедиантам. Если ты попал в милость, сразу хватай все, что тебе полагается» [5, 64]), но, с другой стороны, и надеяться более не на что; король — самодур, но он защитит [6, 537]. Ведь вспомним, куда в первую очередь обратился Мольер за спасением своей пьесы, когда ее сняли с постановки. «Было только одно лицо во Франции, которое могло исправить положение. Только у него можно было найти защиту в этом каверзном случае, ибо это лицо бесстрастно и беспристрастно и защищено от влияния каких бы то ни было литературных партий» [5, 87].

Сам же Булгаков неоднократно обращался к Иосифу Виссарионовичу с письмами, в которых искал защиты и поддержки со стороны вождя. После одного из таких писем (от 28 марта 1930 года) состоялся знаменитый телефонный разговор (18 апреля 1930 года) между ними, следствием которого стало трудоустройство писателя в Художественный театр. Интересен тот факт, что Булгаков неоднократно писал Сталину, хотя никаких особых заслуг, дающих ему право обращаться со своими болями и обидами напрямую к Сталину, у него не было [7, 458]. Следовательно, Булгаков питал огромные надежды в отношении поддержки и помощи со стороны Сталина, более того не переставал верить в то, что Сталин еще когда-нибудь захочет с ним лично встретиться. Ведь генсек сам предложил это во время их телефонного разговора («Нам бы нужно встретиться, поговорить с вами») [7, 451].

Нельзя исключать, что Булгакова Сталин отметил и выделил именно как художника, на что он сам много раз намекал в своих неофициальных высказываниях. Да и факты свидетельствуют об этом. Известно, что «Дни Турбиных» Сталин смотрел 15 раз. Эта цифра зафиксирована в театральных протоколах. Много писавший о Булгакове критик В. Лакшин, детство и юность которого протекали в непосредственной близости к МХАТу, считал, что эта цифра сильно занижена, поскольку вождь неоднократно приезжал на «Турбиных» в середине или к концу спектакля, и эти его посещения театра официально не фиксировались [7, 462–463].

Бенедикт Сарнов в своей книге «Сталин и писатели» предполагает, что такой интерес и восхищение этим спектаклем Сталин мог испытывать в силу своей скрытой приверженности монархическим идеалам. Неограниченный властелин полумира, создатель государственной машины, с которой не могла сравниться ни одна империя прошлого, земной бог, официальный титул которого (величайший гений всех времен и народов, корифей науки, гениальный полководец, основоположник, создатель, зачинатель, лучший друг физкультурников и проч.) далеко превосходил количеством и пышностью определений полный титул российских самодержавцев, он до конца своих дней не мог отделаться от комплекса неполноценности, от завистливого равнения на последне-

го отпрыска рухнувшей монархии. Поэтому не мог не вызывать у него восхищения и трепета полковник царской армии Алексей Турбин. Но в 20-е и 30-е годы Сталин вынужден был таить от своих «неистовых ревнителей» эту свою симпатию. И защищать от верных своих псов полюбившуюся ему пьесу Булгакова он мог только вот такими невнятными оправданиями: на безрыбье, мол, и рак рыба... [7, 470].

Для Булгакова же притягательность Сталина (а то, что Сталин заволакивал воображение Булгакова, занимал его мысли — несомненно) состояла в том, что в России заново начала строиться государственность, уже не советская, не большевистская, но просто государственность как абсолютное воплощение власти.

То, что отношение писателя к государственной власти вообще и отношение писателя конкретно к советской власти не совпадали — в этом нет сомнения; и происходило так именно потому, что советская власть в представлении Булгакова была не вполне властью. Для русской культуры, в которой стихия, будь то разгул петлюровщины, или разбой чиновничества, всегда выступает губительной силой, — для этой культуры существует одна надежда — на государственность, олицетворяет которую правитель. А советская власть (по Булгакову) опиралась именно на стихию, в этом ее беда и ее ошибка. Писатель даже предрекал такой форме управления гибель, говоря, что сегодня Швондер травит пса Шарикова на профессора Преображенского, не понимая того, что завтра Шариков погубит самого Швондера.

Упрёк советской власти, разрушившей русскую государственность, Булгаков предельно ясно сформулировал в пьесе «Иван Васильевич», где изобразил управдома, захватившего царский трон. В данном случае Булгаков довел до реального воплощения известную фразу Ленина о том, что кухарка сможет управлять государством. Попутно следует отметить, что Ленин говорил иное: надо поднять образование общества до такого уровня, а власть сделать народной до такой степени, чтобы и кухарка могла управлять государством. Как бы то ни было, Булгаков описал то, что, по его мнению, сделали кухарки и безграмотные партийные активисты, дорвавшись до власти. Вот сели в царских палатах два мелких негодяя, карманник и управдом, и вершат государственные дела, разбазаривают страну, воруют драгоценности, набивают карманы [6, 537–538].

Итак, мы видим, что писатель в своём творчестве иногда прямо, иногда иносказательно высказывает свои взгляды в отношении государственной, политической, правовой жизни. Ибо действительность, которая окружает творческого человека, не может не задевать его чуткой натуры, не может не влиять на его творчество. Булгаков говорил: «Я всегда пишу по чистой совести и так, как вижу! Отрицательные явления жизни в Советской стране привлекают моё пристальное внимание, потому что в них я инстинктивно вижу большую пищу для себя (я — сатирик)» (Из протокола допроса в ОГПУ, от 22 сентября 1926 г.) [8, 230–231]. Да, Михаил Афанасьевич писал то, что видел, преломляя это через свой талант, свою специфическую манеру. И описывал он, безусловно, действительность. А не было бы этой действительности — иногда абсурдной, иногда ужасающей, смогли ли бы мы наслаждаться вот таким Булгаковым?

Значит, выходит, что фразу из романа «Жизнь господина де Мольера» — «Искусство цветет при сильной власти!» можно толковать именно буквально. Не в том смысле, что искусство, которое в выгодном свете представляет власть, цветет, а в том плане, что, не имея возможности писать свободно, находясь в тисках цензуры, творческий потенциал писателя может больше раскрыться, чем в условиях полной свободы. Может, действительно, «творчество вопреки» порождает истинные шедевры? Таким вопросом невольно задаешься, когда вспоминаешь огромное количество талантливейших произведений эпохи тоталитаризма и пытаешься назвать сегодня такие произведения.

Проблема взаимоотношений между писателем и властью остается актуальной во все времена. В первую очередь потому, что Литература является средством влияния на сознание людей, она способна формировать мнение народа о власти и о праве. Кроме того, она отображает политическую и правовую жизнь общества. Произведения художественной литературы включаются как элемент в культуру общества, в том числе и правовую культуру, пополняя ее «фонды», ее потенциал. А при ознакомлении с этой культурой последующие поколения составляют мнение об определенной эпохе. И в этом смысле содержание художественных произведений, которое является, в том числе, и отображением взглядов писателя на государственную и правовую жизнь общества, не может оставаться незамеченным со стороны власти.

### Литература

1. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 1 / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. — Х. : Одісей, 2008. — 832 с.
2. Колесова М. Конституционное право на свободу творчества в современной Беларуси [Электронный ресурс] / М. Колесова. — Режим доступа : [lawtrend.org/ru/data/587/](http://lawtrend.org/ru/data/587/)
3. Об информации : Закон Украины от 2 окт. 1992 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2657-12>.
4. Соколов Б. В. Булгаков. Энциклопедия / Б. В. Соколов. — М. : Эксмо, Алгоритм, Око, 2007. — 831 [1] с. : ил. — (Энциклопедии великих писателей).
5. Булгаков М. А. Избранные произведения. В 2 т. Т. 2 / М. А. Булгаков ; сост. и коммент. Л. М. Яновской. — К. : Дніпро, 1989. — 750 с.
6. Литературная матрица. Учебник, написанный писателями : сборник. В 2 т. Т. 2. — СПб. : Лимбус Пресс : Изд-во К. Тублина, 2010. — 792 с.
7. Сарнов Б. Сталин и писатели. Кн. 2 / Бенедикт Сарнов. — М. : Эксмо, 2009. — 832 с.
8. Михаил Булгаков / сост. : Л. В. Губианури, Ю. А. Воронцов. — К. : АБСОЛЮТ-ИНВЕСТ, 2007. — 409 с. — (Жизнь знаменитых людей в фотографиях и воспоминаниях ; вып. 1).

### Аннотация

**Хижняк Ю. В.** Писатель и власть: о праве на свободу творчества. — Статья.

В статье рассмотрен вопрос отношений между властью и писателем на примере отношений Булгакова и Сталина, а также Мольера и Людовика в романе Булгакова «Жизнь господина де Мольера». Кроме того, в статье исследовано понятие права на свободу творчества.

**Ключевые слова:** право на свободу творчества, писатель, власть, автор, художественная литература.

### Анотація

**Хижняк Ю. В.** Письменник і влада: про право на свободу творчості. — Стаття.

У статті розглянуте питання відносин між владою і письменником на прикладі відносин

Булгакова і Сталіна, а також Мольєра та Людовіка в романі Булгакова «Життя пана де Мольєра». Крім того, у статті досліджене поняття права на свободу творчості.

*Ключові слова:* право на свободу творчості, письменник, влада, автор, художня література.

### Summary

*Pijnyak Y. V.* The writer and authority: about the right of creation. — Article.

The article deals with the issue of relations between the writer and authority by example of relations between Bulgakov M.A. and Stalin Y.V., as well as between Moliere and Louis XIV in the novel «The Life of Monsieur de Moliere» by Mikhail Bulgakov. The notion of the right of creation was also researched into.

*Keywords:* right of creation, writer, authority, author, artistic literature.

УДК 347.191

*І. Я. Бабецька*

### КЛАСИФІКАЦІЯ ПЕРЕВАЖНИХ ПРАВ У КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Класифікація переважних прав покликана поєднати різноманітні та суперечливі прояви досліджуваних прав, пов'язати їх у єдину, цілісну систему [1, 55].

В цивілістичній літературі Російської Федерації зустрічається класифікація переважних прав тільки в цивільних правовідносинах (М. В. Субботин, С. Е. Никольський, Л. В. Кузнецова, Л. Ю. Леонова) [2, 55–83; 3, 52–74; 4, 129–177; 5, 44–60].

Підходячи до питання класифікації переважних прав у корпоративних правовідносинах, першочергово необхідно вказати, що в законодавстві така класифікація відсутня. Це, мабуть, пояснюється тим, що норми про переважні корпоративні права закріплювались за порядком надходження проблем щодо захисту інтересів визначеної законом категорії осіб. У цивілістичній літературі класифікація переважних прав досить рідко зустрічається, не говорячи вже про переважні корпоративні права.

Виходячи з цього, існує необхідність у виокремленні окремої групи — переважні права в корпоративних правовідносинах, здійснити їх класифікацію для визначення як загальних рис, так і індивідуальних властивостей. Тому метою даної наукової статті виступатиме здійснення класифікації переважних прав у корпоративних правовідносинах на базі норм законодавства та наукових досліджень.

Питання класифікації переважних прав в Україні досліджував науковець В. І. Крат в дисертації «Переважні права: цивільно-правовий аспект». Автор здійснив поділ переважних прав, взявши за основу сферу правовідносин, які вони супроводжують. Щодо переважних прав, які супроводжують корпоративні правовідносини, В. І. Крат поділяє на ті:

- 1) які виникають під час діяльності юридичної особи;

2) що виникають при припиненні юридичної особи [1, 55–83].

Вперше на законодавчому рівні визначено перелік переважних прав акціонерів. Згідно із ч. 1 ст. 27 Закону України «Про акціонерні товариства» ними є: право акціонера — власника простих акцій придбавати розміщувані товариством прості акції пропорційно частці належних йому простих акцій у загальній кількості простих акцій; право акціонера — власника привілейованих акцій придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу, якщо акції такого класу надають їх власникам перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації товариства, пропорційно частці належних акціонеру привілейованих певного класу у загальній кількості привілейованих акцій цього класу.

На законодавчому рівні переважні права суб'єктів корпоративного права регламентовано такими нормативними актами: ЦК України, ГК України, ЗУ «Про господарські товариства», «Про цінні папери і фондовий ринок», «Про акціонерні товариства», «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва», «Про кооперацію», «Про сільськогосподарську кооперацію», «Про музеї та музейну справу», «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» тощо.

Аналіз положень вказаних нормативно-правових актів дозволяє виділити такі види переважних прав у корпоративних правовідносинах:

1) переважне право учасника товариства на купівлю частки у статутному (складеному) капіталі товариства (п. 3 ч. 2 ст. 137 ЦК, ч. 2 ст. 147 ЦК, ч. 4 ст. 151 ЦК, ч. 3 ст. 53, ч. 1 ст. 79 ЗУ «Про господарські товариства»);

2) переважне право акціонерів на придбання акцій додаткового випуску (ч. 3 ст. 156 ЦК, ч. 3 ст. 38 ЗУ «Про господарські товариства», ст. 27 ЗУ «Про акціонерні товариства» ч. 2 ст. 6 «Про цінні папери та фондовий ринок»);

3) переважне право акціонерів приватного акціонерного товариства на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства (ст. 7 ЗУ «Про акціонерні товариства»);

4) переважне право власника привілейованих акцій, стосовно власників простих акцій, на отримання частини прибутку у вигляді дивідендів та на отримання частини майна АТ у разі його ліквідації (ч. 8 ст. 6 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок»);

5) переважне право членів виробничого кооперативу на купівлю паю (ч. 3 ст. 166 ЦК);

6) переважне право учасників господарського товариства на приватизацію акцій (часток, паїв), що належать державі у статутному капіталі господарського товариства, до статутного капіталу якого, було передано об'єкт незавершеного будівництва (ч. 2 ст. 7 ЗУ «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва»);

7) переважне право асоційованого члена кооперативу, при ліквідації кооперативу, на одержання паю (ч. 2 ст. 14 ЗУ «Про кооперацію»);

8) переважне право асоційованих членів сільськогосподарського кооперативу, у разі його ліквідації, на отримання свого майнового внеску та відповідних

часток доходу і повернення їх земельних ділянок у натурі (на місцевості) (ч. 5 ст. 12 ЗУ «Про сільськогосподарську кооперацію»);

9) переважне право держави на придбання музейних зібрань, у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності (ч. 2 ст. 10 ЗУ «Про музеї та музейну справу»);

10) переважне право сільськогосподарських підприємств і фермерським господарств на придбання об'єктів нерухомості, які використовуються для цілей сільськогосподарського виробництва та є у власності сільськогосподарського підприємства, що визнано банкрутом, за інших рівних умов, розташованим у даній місцевості (ч. 3 ст. 44 ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»);

11) переважне право трудового колективу державного підприємства, при порушенні справи про банкрутство, вимагати передачі йому в оренду цілісного майнового комплексу підприємства-боржника, за умови взяття на себе грошових зобов'язань боржника і за наявності згоди на це кредиторів (ч. 14 ст. 17 ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»);

12) переважне право вкладників командитного товариства, при його ліквідації, перед повними учасниками на одержання вкладів (ч. 2 ст. 139 ЦК, ч. 1 ст. 79 ЗУ «Про господарські товариства»);

13) інші правомочності, передбачені статутними документами.

Враховуючи різноманітність переважних корпоративних прав, вважаємо за доцільне використати різноманітні класифікаційні ознаки і багатоступеневу класифікацію.

I. В залежності від форми законодавчого закріплення:

1) законні — підставою їх закріплення є виключно закон (наприклад, переважне право вкладника командитного товариства перед повними товаришами цього товариства на одержання своїх вкладів у разі ліквідації товариства закріплено в п. 4 ч. 2 ст. 137 Цивільного кодексу України та Законом України «Про господарські товариства»);

2) локальні — вказаний різновид складають переважні права, котрі можуть закріплюватись в установчих документах за вказівкою закону (зокрема, статутом приватного акціонерного товариства може бути передбачено переважне право його акціонерів та самого товариства на придбання акцій цього товариства, що пропонуються їх власником до продажу третій особі. Якщо статутом таке правило встановлене, воно реалізується відповідно до ч. 3–6 ст. 7 ЗУ «Про акціонерні товариства»).

II. В залежності від моменту виникнення:

1) переважні права, які виникають під час діяльності юридичної особи:

— учасника на купівлю частки у статутному (складеному) капіталі товариства;

— акціонерів на придбання акцій додаткового випуску;

— членів виробничого кооперативу на купівлю паю;

— акціонерів на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства;

- власника привілейованих акцій, стосовно власників простих акцій, на отримання частини прибутку у вигляді дивідендів;

- учасників господарського товариства на приватизацію акцій (часток, паїв), що належать державі у статутному капіталі господарського товариства, до статутного капіталу якого, було передано об'єкт незавершеного будівництва.

2) переважні права, які виникають при припиненні діяльності юридичної особи:

- власника привілейованих акцій, стосовно власників простих акцій, на отримання частини майна АТ у разі його ліквідації;

- асоційованого члена кооперативу, при ліквідації кооперативу, на одержання паю;

- асоційованих членів сільськогосподарського кооперативу, у разі його ліквідації, на отримання свого майнового внеску та відповідних часток доходу і повернення їх земельних ділянок у натурі (на місцевості);

- держави на придбання музейних зібрань у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності;

- сільськогосподарських підприємств і фермерських господарств на придбання об'єктів нерухомості, які використовуються для цілей сільськогосподарського виробництва та є у власності сільськогосподарського підприємства, що визнано банкрутом, за інших рівних умов, розташованих у даній місцевості;

- вкладників командитного товариства, при його ліквідації, перед повними учасниками на одержання вкладів;

- трудового колективу державного підприємства, при порушенні справи про банкрутство, вимагати передачі йому в оренду цілісного майнового комплексу підприємства-боржника за умови взяття на себе грошових зобов'язань боржника і за наявності згоди на це кредиторів.

III. В залежності від суб'єкта здійснення:

1) переважні корпоративні права, що належать фізичній особі (переважне право акціонерів на придбання акцій додаткового випуску);

2) переважні корпоративні права, що належать юридичній особі (переважне право акціонерного товариства на придбання акцій, що продаються його акціонерами);

3) переважні корпоративні права, що належать державі (переважне право держави на придбання музейних зібрань у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності).

IV. В залежності від організаційно-правової форми юридичної особи:

1) переважні права учасників господарських товариств:

- переважне право учасника товариства на купівлю частки у статутному (складеному) капіталі товариства;

- переважне право акціонерів на придбання акцій додаткового випуску;

- переважне право акціонерів приватного акціонерного товариства на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства;

- переважне право власника привілейованих акцій, стосовно власників

простих акцій, на отримання частини прибутку у вигляді дивідендів та на отримання частини майна АТ у разі його ліквідації;

— переважне право учасників господарського товариства на приватизацію акцій (часток, паїв), що належать державі у статутному капіталі господарського товариства, до статутного капіталу якого було передано об'єкт незавершеного будівництва;

— переважне право вкладників командитного товариства, при його ліквідації, перед повними учасниками на одержання вкладів;

2) переважні права членів кооперативу:

— переважне право членів виробничого кооперативу на купівлю паю;

— переважне право асоційованого члена кооперативу при ліквідації кооперативу на одержання паю;

— переважне право асоційованих членів сільськогосподарського кооперативу, у разі його ліквідації, на отримання свого майнового внеску та відповідних часток доходу і повернення їх земельних ділянок у натурі (на місцевості);

3) переважне право сільськогосподарських підприємств і фермерських господарств на придбання об'єктів нерухомості, які використовуються для цілей сільськогосподарського виробництва та є у власності сільськогосподарського підприємства, що визнано банкрутом, за інших рівних умов, розташованих у даній місцевості;

4) переважне право трудового колективу державного підприємства, при порушенні справи про банкрутство, вимагати передачі йому в оренду цілісного майнового комплексу підприємства-боржника за умови взяття на себе грошових зобов'язань боржника і за наявності згоди на це кредиторів;

5) переважне право держави на придбання музейних зібрань у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності.

V. В залежності від строку їх здійснення:

1) переважні корпоративні права, які встановлюються на визначений строк (переважне право учасника на купівлю частки у статутному (складеному) капіталі товариства здійснюється протягом місяця з дня повідомлення про намір учасника продати частку (її частину) або протягом іншого строку, встановленого статутом товариства чи домовленістю між його учасниками, частка (її частина) учасника може бути відчужена третій особі);

2) переважні корпоративні права, які встановлюються на невизначений строк (переважне право держави на придбання музейних зібрань у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності).

VI. В залежності від способу захисту:

1) переважні права, які захищаються за допомогою переведення прав та зобов'язків (переважне право учасника на купівлю частки в статутному (складеному) капіталі товариства);

2) переважні права, які захищаються іншими способами захисту (переважне право акціонера на придбання акцій ПрАТ в разі укладання сторонами удаваного договору — позов про визнання правочину недійсним);

3) переважні права, що характеризуються відсутністю чіткого закріплення способу захисту (переважне право на купівлю додатково випущених акцій).

Вказана класифікація переважних прав в корпоративних правовідносинах виступатиме засобом систематизації, передумовою наукового аналізу кожного досліджуваного переважного корпоративного права зокрема.

### Література

1. Крат В. І. Переважні права: цивільно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Крат Василь Іванович. — Х., 2008. — 218 с.
2. Субботин М. В. Преимущественные права в российском гражданском законодательстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. В. Субботин ; Моск. гос. юрид. акад. — М., 2007. — 28 с.
3. Пикольский С. Е. Преимущественные права в наследственном праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Сергей Евгеньевич Пикольский. — М., 2006. — 184 с.
4. Кузнецова Л. В. Преимущественные права в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кузнецова Любовь Викторовна. — М. : Ось-89, 2007. — 336 с.
5. Леонова Л. Ю. Преимущественные права в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Леонова Людмила Юрьевна. — М., 2005. — 194 с.

### Анотація

**Бабецька І. Я.** Класифікація переважних прав у корпоративних правовідносинах. — Стаття.  
У статті здійснюється класифікація переважних прав у корпоративних правовідносинах. Автор аналізує діюче законодавство і погляди науковців у сфері корпоративних правовідносин щодо переважних прав.

*Ключові слова:* переважні права, корпоративні правовідносини.

### Аннотация

**Бабецкая И. Я.** Классификация преимущественных прав в корпоративных правоотношениях. — Статья.

В статье определяется классификация преимущественных прав в корпоративных правоотношениях. Автор анализирует действующее законодательство и взгляды научных работников в сфере корпоративных правоотношений относительно преимущественного права.

*Ключевые слова:* преимущественные права, корпоративные правоотношения.

### Summary

**Babetska I. Y.** Classification of prevailing rights is in corporate legal relationships. — Article.

The classification of the prevailing rights is determined in the article. The author examines the existing legislation and the views of scholars in the field of corporate legal relations concerning prevailing rights.

*Keywords:* prevailing rights, corporate relationships.

### ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО НОТАРІАТ: ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ОСОБЛИВОСТІ

Законодавство незалежної України постійно змінюється. Відповідних змін зазнають також норми, що регулюють діяльність нотаріальних органів держави. Попереду на нотаріат чекають чергові зміни законодавства. Так, 24 грудня 2010 року наказом Міністерства юстиції України № 3290/5 було прийнято Концепцію реформування органів нотаріату. Для забезпечення перетворення системи дана Концепція серед іншого передбачає приведення у відповідність підзаконних нормативно-правових актів з діючим законодавством.

Метою статті є проаналізувати діюче законодавство України про нотаріат, визначити характерні особливості нормативних актів, які регулюють діяльність нотаріату.

Українські вчені приділяють належну увагу аналізу українського нотаріального законодавства. Зокрема, дослідженням законодавства про нотаріат присвятили свої дослідження українські науковці В. В. Баранкова, В. В. Комаров, М. М. Дякович, Л. К. Радзівєвська та С. Г. Пасічник, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Ф. М. Медвідь, В. Ф. Усенко, Я. Ф. Медвідь, Л. С. Сміян, Ю. В. Нікітін, П. Г. Хоменко, В. М. Бесчастний, О. В. Філонов, В. М. Субботін та інші.

Поява якісно нового законодавства, яке регламентує діяльність нотаріату в Україні, була викликана об'єктивними закономірностями розвитку суспільства, головна з яких полягала у забезпеченні охорони приватної власності, що формується як одне з основних конституційних прав громадян і організацій, створенні умов, за яких власник на свій розсуд і бажання міг володіти та розпоряджатися своїм майном. Прийняття нового законодавства було закономірним результатом руху суспільства до ринкових відносин і як наслідок появи нових форм власності [1, 31].

Законодавство України про нотаріат — це нормативно-правові акти, які прийняті уповноваженими державними органами, в яких закріплені правила, що врегульовують організацію та компетенцію нотаріальних органів держави та процесуальний порядок вчинення ними нотаріальних дій.

За юридичною силою та органом, що їх видав, нормативні акти можна поділити на: закони і підзаконні нормативні акти.

Також нотаріальне законодавство за формою законодавчого акта поділяється на кодифіковані та не кодифіковані, за предметом правового регулювання — на загальні та спеціальні, за характером правового регулювання — на матеріальні і процесуальні тощо.

До загальних джерел нотаріального права можна віднести ті нормативні акти, які регулюють як питання нотаріальної діяльності, так і інші суспільні відносини. До цієї групи можна віднести Конституцію України.

Спеціальні акти присвячені регулюванню лише нотаріальної діяльності. Наприклад, Закон України «Про нотаріат», Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України та ін.

До актів інших галузей права, які регулюють окремі питання організації нотаріату і здійснення нотаріальної діяльності, можна віднести, наприклад, Цивільний кодекс України, Сімейний кодекс України, Земельний кодекс України [2, 37].

Основним нормативно-правовим актом держави є Конституція України. Відповідно до статті 8 Конституції України, Конституція має найвищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України та повинні відповідати їй. Конституція має вищу юридичну силу та пряму дію і застосовується на всій території України.

Стаття 92 Конституції наголошує, що виключно законами України визначається організація і діяльність нотаріату та ставить її на один рівень з судом, судочинством, статусом суддів, засадами судової експертизи, організацією та діяльністю прокуратури, органів дізнання і слідства, органів і установ виконання покарань.

Відповідно до ст. 41 Конституції, кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Право приватної власності набувається в порядку, визначеному законом. Громадяни для задоволення своїх потреб можуть користуватися об'єктами права державної та комунальної власності відповідно до закону.

Законодавець у частині четвертій названої статті наголошує, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, а право приватної власності є непорушним.

Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Однак використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі.

Основним нормативно-правовим актом, що регламентує нотаріальну діяльність, є Закон України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року, що набув чинності з 1 січня 1994 року. Цей закон встановлює порядок правового регулювання діяльності органів нотаріату та порядок вчинення ними нотаріальних дій.

Закон містить загальні положення, які регламентують організацію діяльності органів нотаріату, в тому числі реєстрацію приватної нотаріальної діяльності, порядок заміщення посади нотаріуса, анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю та інше. Також в законі детально регла-

ментуються правила вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, а також застосування нотаріусами законодавства іноземних держав.

До джерел нотаріального права, крім вказаного закону, відносяться Цивільний кодекс України, Земельний кодекс України, Господарський кодекс України, Сімейний кодекс України, Податковий кодекс України та ін.

Одним з найважливіших кодифікованих законодавчих актів у діяльності нотаріату України є чинний Цивільний кодекс України, який був прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 року № 435-IV та набрав чинності з 1 січня 2004 року. Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, які засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності учасників. Всі книги Цивільного кодексу 2003 року є важливими в діяльності нотаріату. Слід відзначити важливість знання норм цивільного законодавства нотаріусами при вчиненні нотаріальних дій, а саме книг: «Право власності та інші речові права», «Зобов'язальне право», «Спадкове право».

При цьому зауважуємо, що норми Цивільного кодексу УРСР (1963) також застосовуються нотаріусами при оформленні спадщини. Так, згідно з вимогами пункту 5 Прикінцевих та перехідних положень до Цивільного кодексу України (2003), правила книги шостої вказаного кодексу застосовуються до спадщини, яка відкрилася 1 січня 2004 року, але й до спадщини, яка не була прийнята ніким із спадкоємців до 1 січня 2004 року.

Якщо ж спадщина була відкрита або була прийнята хоча б одним спадкоємцем до 1 січня 2004 року, то нотаріуси оформляють спадщину, керуючись нормами Цивільного кодексу УРСР (1963), в тому числі при розрахунку розміру обов'язкової частки в спадщині.

Сімейний кодекс України прийнятий 10 січня 2002 року № 2947-III та набрав чинності одночасно з набранням чинності Цивільним кодексом України, тобто з 1 січня 2004 року. Кодекс визначає права та обов'язки подружжя, в тому числі право особистої приватної власності дружини та чоловіка; регулює: право спільної сумісної власності подружжя, права та обов'язки подружжя по утриманню; порядок укладення та посвідчення шлюбного договору; права батьків і дітей на майно, усиновлення; опіка та піклування над дітьми та інше.

Земельний кодекс України, прийнятий 25 жовтня 2001 року № 2768-III, який вступив в силу з 1 січня 2002 року, регулює земельні відносини в державі. Кодекс визначає повноваження органів влади та місцевого самоврядування щодо розпорядження належними їм земельними ділянками; склад та цільове призначення земель; право власності на землю, право користування на землю, обмеження прав на землю; набуття і реалізацію права на землю, продаж земельних ділянок або прав на них на підставі цивільно-правових договорів та інше.

Господарський кодекс України, прийнятий 16 січня 2003 року № 436-III, набрав чинності з 1 січня 2004 року, визначає основні засади господарювання і регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та

здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, зокрема щодо утворення суб'єктів господарювання, майнової основи господарювання та господарських зобов'язань.

Податковий кодекс України, прийнятий 2 грудня 2010 року № 2756-VI, набрав чинності 1 січня 2011 року, регулює відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, зокрема визначає вичерпний перелік податків та зборів, платників податків та зборів, їх права та обов'язки, компетенцію контролюючих органів та інше.

Прикладом законів як джерел нотаріального права є:

- Закон України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року № 3425-XII;
- Закон України «Про заставу» від 2 жовтня 1992 року № 2654-XП;
- Закон України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 року за № 898-IV;
- Закон України «Про обіг векселів в Україні» від 5 квітня 2001 року № 2374-III;
- Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року за № 2709-IV;
- Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17 листопада 2009 року № 1559-VI;
- Закон України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 1 липня 2010 року № 2398-VI;
- Закон України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 8 липня 2010 року № 2464-VI;
- Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» в редакції закону від 18 травня 2010 року № 2258-VI;
- Закон «Про Державний земельний кадастр» від 7 липня 2011 року за № 3613-VI та інші.

В діяльності органів нотаріату також важлива роль належить підзаконним нормативним актам. Зокрема, до них відносяться укази Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, нормативні акти міністерств та відомств.

Прикладом підзаконних актів є:

- Указ Президента України від 23 серпня 1998 року № 932/98 «Про врегулювання діяльності нотаріату в Україні». Зокрема, цим указом встановлено, що вчинення нотаріальних дій не є підприємницькою діяльністю і не має на меті одержання прибутку; державні нотаріуси в частині оплати праці та пенсійного забезпечення прирівнюються до державних службовців відповідних категорій;
- Указ Президента України від 10 липня 1998 року № 762/98 «Про впровадження справляння плати за вчинення нотаріальних дій». Відповідно до пункту першого указу, встановлено, що розмір плати, яка справляється за вчинення нотаріальних дій приватними нотаріусами, не може бути меншим

від розміру ставок державного мита, яке справляється державними нотаріусами за аналогічні нотаріальні дії;

— Указ Президента України від 6 квітня 2011 року за № 395 «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України». Відповідно до пункту першого указу, Мін'юст є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної правової політики;

— Постанова Кабінету Міністрів України № 410 від 31 березня 2004 року «Про затвердження Тимчасового порядку державної реєстрації іпотек»;

— Постанова Кабінету Міністрів України № 747 від 25 серпня 2010 року «Деякі питання організації фінансового моніторингу»;

— Постанова Кабінету Міністрів України № 923 від 31 серпня 2011 року «Про затвердження Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату», чинна з 1 січня 2012 року;

— Постанова Кабінету Міністрів України від 9 вересня 2009 року № 1021 «Про затвердження порядків ведення Поземельної книги і Книги записів про державну реєстрацію державних актів про право власності на земельну ділянку та право постійного користування земельною ділянкою, договорів оренди землі»;

— Декрет Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993 року № 7-93.

З метою забезпечення законності актів відомчого законодавства, їх відповідності законам і підзаконним актам Указом Президента України від 3 жовтня 1992 року № 493/92 «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів влади» введено державну реєстрацію нормативно-правових актів, що видаються міністерствами, іншими органами виконавчої влади, органами господарського управління та контролю. Якщо ці акти стосуються прав, свобод та законних інтересів громадян або мають міжвідомчий характер. Державну реєстрацію відомчих нормативних актів, прийнятих центральними органами, здійснює Міністерство юстиції України, а реєстрацію актів місцевих органів — управління юстиції областей і міст Києва та Севастополя.

Важливе значення в діяльності органів нотаріату мають накази Міністерства юстиції України. Прикладами таких підзаконних актів є:

— Наказ Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 року № 20/5 «Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 3 березня 2004 року за № 283/8882;

— Наказ Міністерства юстиції України від 30 травня 2008 року № 914/5 «Про поліпшення роботи з надання нотаріальних послуг населенню», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 31 травня 2008 року за № 489/15180;

— Наказ Міністерства юстиції України від 22 грудня 2010 року № 3253/5 «Про затвердження Правил ведення нотаріального діловодства», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 23 грудня 2010 року за № 1318/18613;

— Наказ Міністерства юстиції України від 23 червня 2011 року за № 1707/5

«Про затвердження Положення про територіальні органи Міністерства юстиції України», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 23 червня 2011 року за № 759/19497;

— Наказ Міністерства юстиції 24 грудня 2010 року за № 3290/5 «Про затвердження Концепції реформування органів нотаріату в Україні»;

— Наказ Міністерства юстиції України від 18 травня 2009 року № 870/5 «Про затвердження Положення про державний нотаріальний архів»;

— Наказ Міністерства юстиції України від 28 липня 2011 року за № 1904/5 «Про затвердження Порядку внесення Головним управлінням юстиції України в Автономній Республіці Крим, головними управліннями юстиції в областях, містах Києві та Севастополі подання про анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю та його розгляд Вищою кваліфікаційною комісією нотаріату», зареєстрований в Міністерстві юстиції України 28 липня 2011 року за № 925/19663.

Важливе значення в діяльності нотаріату має судова практика у різних її формах, в тому числі виражена у постановках Конституційного Суду України, Президії та Пленуму Верховного Суду, у рішеннях, ухвалах та постановках Вищого господарського суду.

Зазначимо, що відповідно до ст. 147 Конституції України, право офіційного тлумачення законів надане Конституційному Суду України.

Судова практика тісно пов'язана з джерелами права. Зокрема, саме за допомогою судової практики встановлюється таке розуміння і тлумачення закону, яке розкриває його зміст і розвиває його положення.

Застосування цивільно-правових норм на практиці дозволяє з'ясувати, наскільки ефективною і повною є чинна норма, виявити прогалини, неточності, суперечності, які закладені в ній, усунути їх і цим самим удосконалити норму права [3, 18].

З метою забезпечення правильності рішень, які виносять суди, Пленум Верховного Суду України дає судам керівні роз'яснення, чим досягається не лише єдність судової практики в однорідних справах, але й скеровує нотаріусів на однозначні варіанти правозастосування юридичних норм.

Прикладом таких роз'яснень є: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року за № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 року за № 7 «Про судову практику у справах про спадкування».

Нотаріус, вчиняючи нотаріальні дії, повинен також зважати й на судовий прецедент, оскільки зустрічаються випадки на варіанти праворозуміння та правозастосування окремих норм права.

Також джерелом нотаріального права є норми міжнародного права, ратифіковані Україною у встановленому законом порядку та є обов'язковими для їх виконання.

Статтею 9 Конституції України встановлено, що укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори є невід'ємною частиною на-

ціонального законодавства України і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Коли такий порядок не встановлено, то пріоритет згідно з нормами міжнародного права мають норми міжнародних договорів.

Зауважуємо, що іноземні громадяни та особи без громадянства користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

Згідно з ст. 98 Закону України «Про нотаріат», нотаріуси відповідно до законодавства України, міжнародних договорів застосовують норми іноземного права. Нотаріуси приймають документи, складені відповідно до вимог іноземного права, а також вчиняють посвідчувальні написи за формою, передбаченою іноземним законодавством, якщо це не суперечить законодавству України.

Зокрема, 14 квітня 1995 року для України набула чинності Конвенція про правову допомогу і правовідносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, укладена у Мінську 22 січня 1993 року. Наказом Міністерства юстиції України «Про запровадження безпосередніх зносин органів юстиції України в рамках Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 року в частині виконання доручень у цивільних справах» від 2 серпня 2007 року № 597/5, встановлено, яким чином і через які органи (Міністерство юстиції чи підконтрольні йому органи) здійснюється безпосередні зносини з компетентними установами учасників конвенції — членів СНД.

Питання вчинення нотаріальних дій за кордоном визначається Консульським статутом України, затвердженим указом Президента України 2 квітня 1994 року за № 127/94 (з наступними змінами), Законом України «Про нотаріат», Положенням про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України, затвердженим спільним наказом Міністерства юстиції України та Міністерства закордонних справ України 27 грудня 2004 року за № 142/5/310, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 27 грудня 2004 року за № 1649/10248.

10 січня 2002 року Верховна Рада України надала згоду на приєднання України до Гаазької конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів від 05.10.1961 року. Конвенція набула чинності для України 22 грудня 2003 року та розповсюджується на офіційні документи, які були укладені на території однієї з держав — учасниць угоди і повинні бути представлені на території іншої держави, яка також уклала цю угоду.

Дія Гаазької конвенції розповсюджується на документи про освіту, цивільний стан, трудовий стаж, свідоцтва про знаходження в живих, довідки, довіреності, судові рішення та матеріали по цивільних, сімейних справах та інше.

Разом з тим Конвенція не розповсюджує дію на:

- а) документи, вчинені дипломатичними чи консульськими агентами;
- б) адміністративні документи, які мають пряме відношення до комерційної чи митної операцій, в тому числі довіреності на укладення угод, пересування

товарів через кордон, договори (контракти) про поставку товарів та надання послуг, про виконання різних робіт та розрахунків по них).

Це означає, що в тих випадках, коли це передбачено внутрішнім законодавством країни, на території якої будуть використані дані документи, вони мають легалізовуватися звичайним шляхом, тобто застосовується консульська легалізація, яка включає в себе поступове проставлення посвідчувального напису в певних установах.

**Висновки.** У зв'язку з прийняттям Верховною Радою України в 2010–2011 роках низки нормативних актів, наприклад Законів України: «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи»; «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»; «Про Державний земельний кадастр», необхідно якнайшвидше привести у відповідність до чинного законодавства підзаконні нормативні акти, що стосуються діяльності нотаріату.

Потребує суттєвих змін і Закон України «Про нотаріат», зокрема в частині визначення правового статусу нотаріуса, оплати вчинюваних нотаріальних дій та інше.

### Література

1. Нотаріат в Україні : навч. посіб. / за ред. В. М. Бессчастного. — К. : Знання, 2008. — 494 с.
2. Дякович М. М. Нотаріальне право України : навч. посіб. / М. М. Дякович. — К. : Алерта : КНТ : ЦУЛ, 2009. — 683 с.
3. Заїка Ю. А. Українське цивільне право : навч. посіб. / Ю. А. Заїка. — К. : Істина, 2005. — 312 с.

### Анотація

*Долінська М. С. Законодавство України про нотаріат: характеристика та особливості. — Стаття.*

Стаття присвячена аналізу законодавства України про нотаріат. Визначені критерії поділу законодавства та охарактеризовано основні нормативні акти, що стосуються діяльності нотаріату.

*Ключові слова:* нотаріальне законодавство, законодавчі акти.

### Аннотация

*Долинская М. С. Законодательство Украины о нотариате: характеристика и особенности. — Статья.*

Статья посвящена анализу законодательства Украины о нотариате. Определены критерии деления и даны характеристика основных нормативных актов, касающихся деятельности нотариата.

*Ключевые слова:* нотариальное законодательство, законодательные акты.

### Summary

*Dolynska M. S. Ukrainian Notariate Legislation: Characteristic and Peculiarities. — Article.*

The article is devoted to the analysis of the Ukrainian legislation on notariate. The criteria of the legislation division are defined and the basic legal acts relating to the notariate activity are characterized.

*Keywords:* notarial legislation, legislative acts.

### МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БЕЗПЕКИ ПОСТАВОК ЕНЕРГЕТИЧНИХ РЕСУРСІВ

Безпека поставок енергетичних ресурсів є новим питанням для міжнародного права. Головною проблемою для безпеки поставок енергетичних ресурсів є зриви таких поставок. Ще відносно нещодавно це питання не було врегульоване на міжнародно-правовому рівні, адже на нього в значній мірі впливають політичні та економічні чинники. Наслідками зривів поставок енергетичних ресурсів є відсутність на ринку енергетичних ресурсів або їхня завищена вартість. Сучасне міжнародне право містить певні договірні та інституційні механізми гарантування поставок енергетичних ресурсів і боротьби з наслідками зривів таких поставок. Цих механізмів небагато, проте їх наявність дає нам змогу говорити про те, що міжнародне право почало шукати відповідь на вкрай складне і делікатне питання гарантування безпеки поставок енергетичних ресурсів.

Особливої уваги в контексті безпеки поставок енергетичних ресурсів заслуговує створення міжнародної організації «Міжнародне енергетичне агентство» (далі — МЕА), основним завданням якої є безпека поставок енергоресурсів і зменшення впливу піратства, тероризму і збройних конфліктів на енергетичні установки і судна, що транспортують енергоресурси. МЕА на сьогодні відіграє ключову роль у питанні безпеки поставок енергетичних ресурсів. Воно було засноване у 1974 році Організацією економічного співробітництва і розвитку (далі — ОЕСР) з метою запобігання серйозним зривам у поставках енергоресурсів шляхом створення резервного фонду. Заснування МЕА було сигналом про поворот від односторонніх засобів по усуненню негативних наслідків зривів у постачанні енергетичних ресурсів до багатосторонньої форми міждержавного співробітництва, основою якої став міжнародний договір. Енергетична криза 1973–1974 років, ініційована обмеженнями ОПЕК, підкреслила слабкість одностороннього підходу до вирішення проблеми гарантування енергетичної безпеки. В першій половині 1970-х років розвинені країни Заходу зіштовхнулися з нехваткою ресурсів, зокрема нафти. В жовтні 1973 року розпочалася війна між Єгиптом і Сирією з одного боку та Ізраїлем з іншого. У цій війні США підтримували Ізраїль. 17 жовтня 1973 року ОПЕК виступила проти такої підтримки, ввела ембарго на поставки нафти у США і збільшила на 70 % відпускні ціни для західноєвропейських союзників США. За одну ніч барель нафти піднявся у ціні з 3 доларів США до 5,11 долара. Згодом ця сума лише зростала. В січні 1974 року вона становила 11,65 долара США за барель. У березні 1974 року ембарго проти США було зняте. Саме нафтова криза 1973–1974 років показала можливість ОПЕК впливати на світовий ринок нафти завдяки єдиній позиції держав — членів ОПЕК.

Угода щодо міжнародної енергетичної програми була підписана представниками шістнадцятих держав 18 листопада 1974 року і заснувала МЕА. Сто-

роною цієї угоди може стати лише держава — член ОЕСР, яка має таке бажання. Пункт 1 статті 2 Угоди щодо міжнародної енергетичної програми передбачає, що кожна держава-учасниця повинна утримувати такий резерв нафти, якого б вистачило на 60 днів використання в умовах відсутності поставок [1]. Кожна держава-учасниця повинна прагнути, щоб цей строк міг бути збільшений до 90 днів.

Наразі членами МЕА є двадцять вісім держав: Австралія, Австрія, Бельгія, Канада, Чеська Республіка, Данія, Фінляндія, Франція, Німеччина, Греція, Угорщина, Ірландія, Італія, Японія, Республіка Корея, Люксембург, Нідерланди, Нова Зеландія, Норвегія, Польща, Португалія, Словаччина, Іспанія, Швеція, Швейцарія, Туреччина, Велика Британія, Сполучені Штати Америки. Естонія, Ізраїль, Ісландія, Мексика, Словенія і Чилі є членами ОЕСР, але не є членами МЕА. Завдання енергетичної безпеки є одним з засадничих принципів МЕА і однією з головних його цілей. Сьогодні керівними принципами енергетичної політики в рамках МЕА є «чотири Е»: енергетична безпека, захист навколишнього середовища («environmental protection»), економічне зростання та тісна співпраця з державами, що не входять до ОЕСР і є провідними виробниками і споживачами енергетичних ресурсів («engagement worldwide») [2]. Геополітична і цінова нестабільність, зростання попиту і потенційних загроз негативного впливу на навколишнє середовище є факторами, що негативно впливають на енергетичну політику. Основні принципи безпеки поставок нафти встановлені у перших чотирьох главах Угоди щодо міжнародної енергетичної програми і застосовуються як до проблем, що виникають у зв'язку з короткостроковими поставками, так і до довгострокових програм, розроблених з метою зменшення залежності від імпорту нафти. Держави — члени МЕА, бажаючи сприяти безпеці поставок нафти на розумних і рівних засадах, взяли на себе три основні зобов'язання: створення резервного фонду нафти, обмеження попиту на нафту та обмін інформацією. Розподіл запасів нафти і нафтопродуктів, короткострокове зниження попиту через прийняття заходів щодо такого зниження, збір і передача МЕА інформації — все це є частиною системи розподілу у випадку крайньої необхідності («emergency sharing system»), яка діє в рамках МЕА. Всі ці заходи направлені на вирішення короткострокових проблем у сфері безпеки поставок, що виникають через масштабні збої у поставках. На практиці і створення резервного фонду нафти, і обмеження попиту стали важливими чинниками і засобами відповіді МЕА на виникнення зривів у поставках нафти.

У Договорі до Енергетичної хартії (далі — ДЕХ) [3], найважливішого багатостороннього договору з питань співробітництва держав в енергетичній сфері, врегульовується питання транзиту енергетичних ресурсів. Заснована на положеннях попередніх міжнародних договорів і ст. 5 Генеральної угоди з тарифів і торгівлі, ст. 7 ДЕХ передбачає безтермінове зобов'язання санкціонувати і сприяти транзиту енергоресурсів, таким чином не ускладнюючи поставки енергетичних ресурсів. Це зобов'язання також включає сприяння будівництву нових установок, відмову від несанкціонованого блокування транзитних устат-

кувань (наприклад, з політичних міркувань) і завірення в тому, що приватні транзитні оператори не порушують зобов'язання, що випливає із ст. 7. Існуючі положення ДЕХ щодо транзиту зобов'язують держави-учасниці сприяти транзиту енергоресурсів на основі принципу недискримінації, який відповідає принципу свободи транзиту. Це дуже важливе питання для колективної енергетичної безпеки держав — учасниць ДЕХ, оскільки енергетичні ресурси транспортуються через численні національні кордони на шляху від виробника до споживача. З цієї причини держави — учасниці ДЕХ спробували підкріпити існуючі положення і прийняти Транзитний протокол. Переговори по укладенню протоколу розпочалися на початку 2000 року. Багатосторонній етап переговорів закінчився у грудні 2002 року. При цьому деякі важливі питання мали спочатку бути затверджені у ході двосторонніх переговорів між Росією і Європейським Союзом. Метою Транзитного протоколу є розвиток режиму загальноприйнятих принципів використання транзитних потоків енергоресурсів, які перетинають щонайменше два кордони, для того, щоб забезпечити невтручання в транзитну діяльність. У 1998 році конференція по Енергетичній хартії прийняла регламент ведення процедури примирення під час виникнення спорів з транзитних питань. Конференція у 2003 і у 2006 роках підтримала перший і другий варіант Типової угоди з транскордонних трубопроводів, підготовлені на основі мандата, виданого конференцією у 1999 році.

Важливим питанням гарантування поставок енергетичних ресурсів і боротьби зі зривами таких поставок є для права Європейського Союзу (далі — ЄС). Початок регулювання цього питання сягає 1968 року, коли в рамках Європейського Економічного Співтовариства була прийнята Директива 68/414/ЄЕС щодо зобов'язання держав — членів співтовариства зберігати мінімальні запаси сирової нафти та/чи нафтопродуктів [4], якою співтовариство запровадило режим обов'язкового зберігання сирової нафти і нафтопродуктів. Директива 2006/67/ЄС відмінила і замінила Директиву 68/414/ЄЕС та включила зобов'язання держави-члена зберігати запаси сирової нафти та нафтопродуктів, яких вистачить на 90 днів. Директива 73/238/ЄЕС щодо заходів, направлених на зменшення негативних ефектів, викликаних проблемами у поставці сирової нафти та нафтопродуктів [5], що була прийнята у відповідь на нафтову кризу 1973 року, створила Групу з поставок нафти («Oil Supply Group»). Ця група є допоміжним органом Комісії ЄС, її членами є всі держави — члени ЄС. Комісія ЄС скликає Групу з поставок нафти тоді, коли існують певні проблеми із поставками сирової нафти та нафтопродуктів до ЄС. Всі зазначені директиви були замінені новою Директивою 2009/119/ЄС щодо зобов'язання держав-членів зберігати мінімальні запаси сирової нафти та/чи нафтопродуктів [6]. Ця директива містить зобов'язання держав-членів шляхом прийняття необхідних законів, правил та адміністративних процедур, забезпечити до 31 грудня 2012 року зберігання запасів сирової нафти та нафтопродуктів, яких вистачить на 90 днів. Нова директива має на меті гармонізувати нормативно-правові акти ЄС з приводу зберігання мінімальних запасів нафти та нафтопродуктів з основами діяльності МЕА. Строк, на який формуються мінімальні запаси нафти та на-

фтопродуктів у порівнянні з попередніми директивами не змінився, проте придатність таких запасів значно зросла, адже нова директива прописала, що вони не можуть бути об'єктом застави або іншим чином використовуватись. Нова директива також передбачає, що як мінімум одна третина цих запасів повинна бути сформована з нафтопродуктів у пропорціях, що відповідають структурі споживання у державі-члені. Мінімальні запаси повинні знаходитися у володінні держави-члена або її уповноваженого органу, що відповідає за резерви або у іншій власності, якщо при цьому зберігається належний рівень державного контролю за запасами. Ще однією важливою новацією Директиви 2009/119/ЄС є надання органам ЄС повноважень щодо контролю за станом запасів держав-членів. Такий контроль можуть здійснювати особи, спеціально уповноважені на це Комісією ЄС. Таким чином, постійно володіючи інформацією щодо стану запасів держав-членів, Комісія ЄС зможе ефективніше реагувати у випадку кризи.

Важливим документом в контексті безпеки поставок енергоресурсів у ЄС є Директива 2005/89/ЄС щодо заходів по гарантуванню безпеки поставок електроенергії та інвестування в інфраструктуру [7]. Стаття 5 директиви містить перелік можливих заходів для збереження балансу між постачанням і попитом на електроенергію. Зокрема, держави-члени повинні, без шкоди для малих ізольованих систем, заохочувати встановлення оптового ринку електроенергії та вимагати від оператора системи передачі електроенергії запевнення в тому, що належний рівень генеруючих резервних потужностей є доступним для досягнення балансу між цілями виробника і споживачів та/або прийняти необхідні ринкові заходи. Пункт 2 ст. 5 директиви визначає, що держави-члени можуть також прийняти додаткові заходи для збереження балансу між постачанням і попитом на електроенергію, які включають, але не обмежуються наступними: прийняти заходи щодо полегшення входження на ринок нових енергогенеруючих компаній; відмінити бар'єри, що перешкоджають укладенню контрактів, поставка за якими може припинятися за відсутності попиту; відмінити бар'єри, що перешкоджають укладанню довгострокових контрактів між виробниками і споживачами; заохочувати прийняття реальних технологій управління попитом, таких як сучасна система дослідження рівня попиту; заохочення заходів щодо енергозбереження; запровадження тендерних процедур або інших процедур, заснованих на принципах прозорості та недискримінації. Держави — члени повинні публікувати всі заходи, прийняті ними відповідно до положень п. 2 ст. 5. Стаття 6 директиви передбачає, що держави — члени ЄС повинні створити відповідну правову базу, яка б сприяла інвестуванню у системи передачі та розподілення електроенергії для того, щоб вони задовольняли потреби ринку, і яка б полегшувала підтримання життєдіяльності і, у разі необхідності, реконструкції таких мереж. Держави — члени ЄС можуть також дозволити приватне інвестування об'єднання енергетичних систем.

Іншою директивою, що стосується безпеки поставок енергоресурсів, є Директива 2004/67/ЄС щодо заходів по забезпеченню безпеки поставок природного газу [8]. Ця директива встановлює заходи по забезпеченню належного

рівня безпеки поставок природного газу і заходи щодо належного функціонування внутрішнього ринку природного газу. Відповідно до положень ст. 3 директиви, визначаючи і встановлюючи політику щодо забезпечення належного рівня безпеки поставок природного газу, держави — члени ЄС повинні визначити ролі та межі відповідальності різних гравців ринку природного газу для досягнення цілей такої політики, визначити належний мінімальний рівень стандартів безпеки поставок природного газу, які мають виконуватися гравцями газового ринку. Такі стандарти повинні бути застосовані на основі принципів недискримінації та прозорості, вони повинні бути опубліковані. Держави-члени повинні пересвідчитися, що прийняті ними заходи не створюють нерозумного або непропорційного тягаря для гравців ринку природного газу і відповідають вимогам конкурентного внутрішнього ринку природного газу. Пункт 1 ст. 4 директиви визначає, що держави — члени ЄС повинні належним чином пересвідчитися у захисті поставок газу для домашніх господарств на їхній території хоча б тоді, коли: частково припинилися поставки національними постачальниками на період, що визначається державою-членом; під час надзвичайно низьких температур; у період надзвичайно високого попиту на газ під час найхолодніших погодних періодів, які за статистикою відбуваються кожні двадцять років. Стаття 5 встановлює, що держави-члени повинні друкувати звіти, що включають інформацію про стан ринку природного газу держави і безпеки поставок газу. Відповідно до положень п. 1 ст. 6, Комісія ЄС здійснює моніторинг на основі звітів держав-членів. Цей моніторинг включає рівень нових довгострокових контрактів на поставки газу з третіх країн, наявність ліквідних поставок газу, рівень задіяного газу і вихідної спроможності газових сховищ, рівень взаємозв'язку між газовими системами держав — членів ЄС, передбачувану ситуацію на ринку природного газу у разі збільшення попиту, автономність поставок. Відповідно до ст. 7 директиви, створюється Газова координаційна група («Gas Coordination Group»). У листопаді 2006 року Комісія ЄС прийняла рішення щодо складу групи [9]. До неї входять представники держав-членів, представники газової індустрії, трьох основних секторів споживання (промисловості, енергетики, домашніх господарств). Очолює цю групу Комісія ЄС. Основною метою створення групи є координація заходів щодо гарантування безпеки поставок природного газу. Вперше група зібралася у січні 2006 року під час газової кризи між Україною та Росією.

Таким чином, в рамках ОЕСР (МЕА) та ЄС існують ефективні механізми гарантування безпеки поставок енергетичних ресурсів, боротьби з наслідками зривів таких поставок і створення резервних запасів енергетичних ресурсів на випадок енергетичної кризи. ДЕХ містить ст. 7 про свободу транзиту, яка зобов'язує держави-учасниці сприяти транзиту енергоресурсів на основі принципу недискримінації. Наведене міжнародно-правове регулювання безпеки поставок енергетичних ресурсів може стати прикладом для створення відповідного регулювання в рамках інших міжнародних організацій або може бути використане при укладенні нових міжнародних договорів щодо гарантування поставок енергетичних ресурсів.

### Література

1. Agreement on an International Energy Program (as amended 15 September 2008) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.iea.org/about/docs/IEP.PDF>.
2. About the IEA [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.iea.org/about/index.asp>.
3. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/RU.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/RU.pdf).
4. Council Directive of 20 December 1968 imposing an obligation on Member States of the EEC to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products (68/414/EEC) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31968L0414&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31968L0414&model=guichett).
5. Council Directive of 24 July 1973 on measures to mitigate the effects of the difficulties in the supply of crude oil and petroleum products (73/238/EEC) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31973L0238&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31973L0238&model=guichett).
6. Council Directive 2009/119/EC of 14 September 2009 imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:265:0009:0023:EN:PDF>.
7. Directive 2005/89/EC of the European Parliament and of the Council of 18 January 2006 concerning measures to safeguard security of the electricity supply and infrastructure investment [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32005L0089&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32005L0089&model=guichett).
8. Council Directive 2004/67/EC of 26 April 2004 concerning measures to safeguard security of natural gas supply [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:127:0092:0096:EN:PDF>.
9. Commission Decision of 7 November 2006 establishing the composition of the Gas Coordination Group.

### Анотація

**Кориневиц А. О.** Міжнародно-правове регулювання безпеки поставок енергетичних ресурсів. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню та аналізу міжнародно-правового регулювання безпеки поставок енергетичних ресурсів. Сучасне міжнародне право містить засоби захисту від наслідків настання кризи у постачанні енергетичних ресурсів. У статті аналізуються міжнародно-правові засоби боротьби з наслідками зривів поставок енергетичних ресурсів.

**Ключові слова:** безпека поставок енергетичних ресурсів, резервні запаси енергетичних ресурсів, Міжнародне енергетичне агентство, Європейський Союз.

### Аннотация

**Кориневиц А. А.** Международно-правовое регулирование безопасности поставок энергетических ресурсов. — Статья.

Статья посвящена исследованию и анализу международно-правового регулирования безопасности поставок энергетических ресурсов. Современное международное право содержит средства защиты от последствий наступления кризиса в поставках энергетических ресурсов. В статье анализируются международно-правовые средства борьбы с последствиями срывов поставок энергетических ресурсов.

**Ключевые слова:** безопасность поставок энергетических ресурсов, резервные запасы энергетических ресурсов, Международное энергетическое агентство, Европейский Союз.

### Summary

**Korynevych A. A.** International Legal Regulation of Security of Energy Sources Supply. — Article.

The article is dedicated to the research and analysis of international legal regulation of security of energy sources supply. Contemporary international law includes security means as to the effects of the crisis in energy sources supply. Such means as to the security of energy sources supply are analyzed in the article.

**Keywords:** security of energy sources supply, emergency energy reserves, International Energy Agency, European Union.

### СПОРТИВНИЙ КОДЕКС ФРАНЦІЇ ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ У СФЕРІ СПОРТУ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Сфера спорту стала невід'ємною частиною сучасного суспільного життя. Постійно актуалізується необхідність оптимізації правового регулювання у сфері спорту, адже давно минули часи, коли здобута спортсменами перемога ґрунтувалась лише на їх фізичній підготовленості та досвіді. Сьогодні змагання проходять не лише на спортивних аренах, але й поступово переміщуються у юридичну площину, де для досягнення успіху необхідна ефективна правова підтримка.

Теоретична актуальність дослідження зумовлена також проблемою виокремлення великих законодавчих масивів у нових сферах правового регулювання в окремі комплексні галузі законодавства. Для обґрунтування необхідності виокремлення спортивного права в окрему галузь законодавства України вельми доцільним є звернення до досвіду країн Європейського Союзу, зокрема Франції, де було прийнято єдиний Спортивний кодекс [1].

Проблематика спортивного права висвітлювалась в працях українських і зарубіжних авторів, зокрема таких як: С. Алексєєв, В. Блажєєв, К. Гусов, Г. Бордюгова, А. Глашев, В. Зуєв, П. Крашенінников, І. Кузнецов, В. Логінов, М. Мічуда, Н. Овчиннікова, А. Пилипенко, Д. Рогачов, А. Сердюков, В. Юткин та інші. Але в українській юриспруденції ця проблема поки що не вирішена. Тому велике значення для вітчизняного законодавця має позитивний досвід зарубіжних країн, де вказаній галузі законодавства приділяється достатня увага. Цим і зумовлений вибір теми дослідження.

Характеризуючи зарубіжний досвід правового регулювання у сфері спорту, варто зазначити, що в більшості випадків зарубіжні країни ґрунтуються на національному законодавстві про спорт та в залежності від політичного та соціально-економічного устрою формують умови для розвитку фізичної культури та спорту. Кожному суспільству притаманна своя національна система функціонування спорту і в залежності від того, наскільки велика роль участі держави в цій системі, залежить стійкість її організаційно-правової структури [2].

Проводячи паралель між спортивним кодексом Франції і нормативно-правовими актами спортивного права України, автором не ставиться завдання відображення недоліків або позитивних рис однієї з порівнюваних сторін, проте звертається увага на доцільність та практичність структурної побудови Спортивного кодексу Франції, який за своїм змістом є доступним та зрозумілим як для осіб, діяльність яких пов'язана з юриспруденцією, так і безпосередньо для самих спортсменів, що у свою чергу відіграє суттєву роль в реалізації своїх прав останніми.

Перед тим як розпочати аналіз вказаного нормативно-правового акта, слід звернути увагу на той факт, що у Франції офіційне оформлення та визнання

будь-якої галузі законодавства проводиться шляхом кодифікації окремо визначеної групи нормативних актів. Під кодексом у свою чергу у Франції розуміють юридичний документ, що об'єднує сукупність законодавчих та регламентуючих приписів, що застосовуються в окремій галузі права.

Історичними передумовами для прийняття Спортивного кодексу Франції були ініціативи Міністерства охорони здоров'я, у справах молоді, спорту і асоціацій Французької Республіки, які у 2004 р. запропонували ідею створення кодифікованого нормативного акта, адже до того часу спортивне законодавство характеризувалось роздробленістю та відсутністю систематизації. Норми щодо фізичної культури та спорту містились у різноманітних державних нормативно-правових актах. Наприклад, в Кодексі про охорону здоров'я було зосереджено норми, які стосувались боротьби з використанням допінгу і питання контролю за здоров'ям спортсменів. Освітнянський кодекс містив норми, присвячені освіті у сфері фізичної культури і спорту, а також передбачав заходи проти комерціалізації діяльності спортивних і оздоровчих установ. Інші законодавчі акти регулювали питання у сфері будівництва спортивних споруд, захисту довкілля, туризму тощо [3, 15–18].

З прийняттям Спортивного кодексу не було створено жодних нових правил, а лише об'єднувались існуючі правові документи цієї галузі права. Разом з тим нормативні акти, які не було включено до кодексу, втратили чинність [4].

Спортивний кодекс Франції складається із 427 статей, які у свою чергу представлені трьома частинами: законодавчою, регламентуючою (декрети) та регламентуючою (постанови), яка присвячена правовому регулюванню на найбільш низькому місцевому рівні [1]. Частини кодексу поділяються на книги, частини книг, глави, розділи та статті.

Передуюча порядковому номеру кожної статті літера «L» означає її законодавчий (Legislative) характер. Перша цифра в позначенні номера статті відповідає номеру книги, друга — частини книги, третя — номеру глави, а четверта — порядковому номеру статті.

Законодавча частина Спортивного кодексу Франції складається з чотирьох книг. Перша книга присвячена організації фізкультурної і спортивної діяльності. Друга книга присвячена регламентації статусу, діяльності, стосунків, прав і обов'язків учасників спортивних стосунків. У третій книзі містяться положення, що відносяться до занять спортом. Четверта книга містить різні додаткові правові положення. Крім того законодавча частина встановлює базові правові приписи та складається виключно з норм, які мають вищу юридичну силу і будь-яка з регламентуючих частин, будь то «Регламентуюча частина — Декрети» чи «Регламентуюча частина — Постанови», не може за своєю юридичною силою зрівнятися з нею, оскільки останні лише об'єднують норми, що мають підзаконний характер та діють переважно на місцевому рівні.

Відповідно до вступної частини кодексу, фізкультурна та спортивна діяльність є національним пріоритетом Франції, вона є важливим елементом виховання, культури, інтеграції і суспільного життя, що сприяють усуненню соціальної, культурної та расової нерівності.

Проводячи паралель із законодавством України, можна помітити низку спільних рис. Так, відповідно до положень Указу Президента України «Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту» [5], спортивна діяльність є одним з головних напрямів державної політики у сфері фізичної культури та спорту, що реалізується шляхом орієнтування українського суспільства на поетапне формування ефективної моделі розвитку фізичної культури та спорту на демократичних і гуманістичних засадах. В основу вказаної Доктрини покладено ідею задоволення потреб кожного громадянина держави у створенні належних умов для занять фізичною культурою і спортом. Фізична культура як складова загальної культури, суспільними проявами якої є фізичне виховання та масовий спорт, визнана важливим чинником здорового способу життя, профілактики захворювань, організації змістовного дозвілля, формування гуманістичних цінностей та створення умов для всебічного гармонійного розвитку людини. Спорт в Україні як сфера правового регулювання характеризується змістовною єдністю та охоплює доволі широке коло суспільних відносин, проте відсутність єдиного систематизованого акта унеможливає створення дієвої моделі правового регулювання, яка могла бути зрозумілою для всіх суб'єктів спортивних правовідносин.

Спортивний кодекс Франції, що є комплексним нормативно-правовим актом, вельми детально регулює питання: правового статусу суб'єктів спортивних правовідносин, спортивної підготовки та освіти в галузі фізичної культури і спорту, захисту здоров'я спортсменів і протидії вживанню допінгу, організації занять спортом, обов'язків, пов'язаних із спортивною діяльністю, порядку проведення спортивних заходів і їхнього висвітлення в засобах масової інформації, фінансування і державної підтримки спорту (особливо — масового спорту і спорту вищих досягнень), правопорушень в галузі спорту і відповідальності за їх здійснення.

Українське законодавство, у свою чергу, також регламентує права громадян у сфері фізичної культури і спорту, засади державної політики та управління у цій сфері. [6] Разом з тим у тексті Закону України «Про фізичну культуру і спорт» простежується відсутність конкретики та цілісності. Прикладом тому є саме розмиття поняття «спорт», котре в українському законодавстві визначено як «діяльність суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, спрямована на виявлення та уніфіковане порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовленостях шляхом проведення спортивних змагань та відповідної підготовки до них. Водночас виділено такі напрямки, як дитячий спорт, дитячо-юнацький спорт, резервний спорт, спорт вищих досягнень, професійний спорт, спорт ветеранів, олімпійський спорт, неолімпійський спорт, спорт інвалідів тощо» [6, ст. 1]. Вказана дефініція поняття «спорт» є доволі загальною, підтвердженням може вважатися той факт, що законодавцем залишено без уваги визначення параолімпійського та дефолімпійського спорту, які разом віднесені до категорії спорту інвалідів, хоча вказані терміни є широкоживаними в національному законодавстві. Натомість Спортивний кодекс Франції практично позбавлений властивих багатьом вітчиз-

няним нормативним актам у цій сфері декларативності та невизначеності, оскільки складається із чітких правових приписів, водночас пропонуючи механізм їх реалізації.

Спортивний кодекс Франції має міжгалузевий характер і включає норми, які відносяться до конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, кримінально-процесуального, трудового, фінансового права, тоді як Закон України «Про фізичну культуру і спорт» містить велику кількість статей, що відсилають до галузевого законодавства чи підзаконних актів.

Законодавча частина французького кодексу містить значну кількість норм, що передбачають дисциплінарну, адміністративну та кримінальну відповідальність як фізичних, так і юридичних осіб за порушення його положень. Застосовуються такі види санкцій, як тюремне ув'язнення [1, ст. L 222-6], штраф [1, ст. L 222-7], заборона на заняття певною діяльністю, у тому числі — на участь в спортивних змаганнях [1, ст. L 222-11], заборону на відвідування спортивних заходів [1, ст. L 312-14].

Відповідно до Закону України «Про фізичну культуру і спорт» особи, винні у порушенні законодавства України у сфері фізичної культури і спорту, несуть цивільно-правову, дисциплінарну, адміністративну або кримінальну відповідальність відповідно до закону, проте межі та види покарань вказаним нормативним актом не передбачено взагалі. Відсутність правових норм, які чітко регламентують склад протиправного діяння в українському законодавстві, та меж відповідальності за його вчинення породжує у свою чергу відсутність будь-якого правового регулювання в цій сфері. Проаналізувавши положення Кримінального кодексу України з цього приводу, можна дійти висновку, що згадка про місця для проведення спортивних заходів міститься лише в одному розділі, який передбачає відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів та психотропних речовин [ст. 307 КК України]. Іншим прикладом є положення ст. 296 КК України, яке передбачає відповідальність за хуліганство, проте дана норма відноситься до спортивної діяльності лише в тому випадку, коли протиправними діями особи буде припинено роботу спортивної установи чи вчинено перешкоди для проведення будь-якої спортивної події [7].

Адміністративна відповідальність, відповідно до статей Кодексу України про адміністративні правопорушення, настає лише у випадках розпивання пива, алкогольних, слабоалкогольних напоїв у закритих спортивних спорудах, порушення правил навчання карате [8, ст. 85] та в разі порушення правил використання об'єктів тваринного світу, а саме порушення правил спортивного рибальства [8, ст. 196].

Отже, аналіз кримінального та адміністративного законодавства України лише підтвердив факт відсутності чіткого визначення понять злочину та правопорушення у сфері спортивної діяльності, що у свою чергу ускладнює механізм відповідальності за вчинення вказаних протиправних діянь. Спортивний кодекс Франції, зокрема положення його законодавчої частини, встановлює струнку і досить чітку систему розмежування компетенції держави в цілому, адміністративно-територіальних утворень (департаментів і регіонів), ко-

мун (муніципальних утворень), недержавних організацій різних організаційно-правових форм у галузі фізкультурної і спортивної діяльності.

У Франції детально урегульовано статус різних видів спортивних організацій, таких як спортивні асоціації і спортивні товариства, зокрема, особливу увагу приділено шкільним та університетським спортивним асоціаціям, а також спортивним асоціаціям за місцем роботи громадян. Статус цих організацій урегульований відповідно до їхньої суспільної користі та держава надає їм різноманітні пільги. Комерційні спортивні організації виведені в окрему категорію з особливим правовим статусом. Детально визначений правовий статус спортивних федерацій. Визначено правовий статус національного олімпійського і спортивного комітету Франції як представницького і посередницького органу.

Відповідно до норм українського законодавства, зокрема Закону України «Про фізичну культуру і спорт», державне управління фізичною культурою і спортом здійснюється центральним органом виконавчої влади у сфері фізичної культури і спорту за сприяння відповідно інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, проте на які саме органи місцевого самоврядування покладено ці обов'язки, не вказано. Крім того, не передбачено механізму взаємодії між центральними органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Вказаним законом визначено перелік суб'єктів спортивного права, до якого увійшли: спортивні клуби, дитячо-юнацькі спортивні школи, спеціалізовані навчальні заклади спортивного профілю, школи вищої спортивної майстерності, центри студентського спорту вищих навчальних закладів, фізкультурно-оздоровчі заклади та інші. У більшості випадків фінансування діяльності вказаних суб'єктів здійснюється за рахунок коштів власника, а роль органів державної влади та органів місцевого самоврядування полягає лише в наданні організаційної та методичної допомоги. Правовий статус професійних спортсменів, спортивних агентів, спортивних суддів та інших учасників спортивних правовідносин, а також пільги і гарантії їх соціального захисту ані Законом України «Про фізичну культуру і спорт», ані будь-ким іншим національним нормативним актом у сфері спорту не передбачено взагалі.

Спортивним кодексом Франції детально регламентовано здійснення нагляду за освітньою діяльністю у сфері спорту, що в українському законодавстві взагалі залишено без уваги. Положення Спортивного кодексу Франції детально регулюють питання, пов'язані із протидією допінгу, зокрема, передбачено створення медичних центрів по запобіганню вживанню допінгу, які організують відкриті консультації для осіб, що приймали допінг, або схильних до його застосування. Крім того, передбачено дисциплінарну, адміністративну і кримінальну відповідальність в залежності від вживання допінгу чи його розповсюдження.

Основи протидії допінгу в українському законодавстві натомість передбачені Законом України «Про антидопінговий контроль у спорті» [9, ст. 3], відповідно до положень якого на території України організація та здійснення антидопінгового контролю в спорті проводиться з дотриманням вимог Антидопінго-

вого кодексу Олімпійського руху та покладається на Національний антидопінговий центр з лабораторією антидопінгового контролю у його складі, який створюється Кабінетом Міністрів України.

У разі встановлення факту вживання спортсменом допінгу, до нього, відповідно до вимог Антидопінгового кодексу Олімпійського руху та компетентних органів відповідних спортивних організацій, застосовуються такі санкції: попередження, визнання недійсними спортивних результатів, позбавлення спортивних медалей чи призів, виданих у натуральній або грошовій формі, тимчасова або довічна заборона брати участь у спортивних змаганнях. Застосування будь-яких інших видів відповідальності законодавством України не передбачено.

Отже, на основі вищевикладеного та проаналізувавши французьке законодавство про спорт в його порівнянні із законодавством України, слід відразу ж відмовитись від передчасних висновків про необхідність щось терміново уніфікувати в українському законодавстві на основі рецепції зарубіжного прикладу, адже запозичувати норми Спортивного кодексу Франції в незмінному вигляді є цілком недоречним, проте ідея врахувати позитивний французький досвід при вдосконаленні і подальшій кодифікації вітчизняного законодавства про спорт є вельми змістовною та доречною.

Таким чином, досвід Франції, в частині кодифікації законодавства про спорт, може бути особливо корисний для України з точки зору організаційно-правових форм участі держави в процесі систематизації законодавства у сфері спорту та потребує подальшого ретельного та всебічного дослідження.

### Література

1. Code du sport. Paris : Litec, 2008. 1023 p. 427 articles.
2. Юткин В. Индустрия спорта: правовые условия развития [Електронний ресурс]. Режим доступа : <http://www.bg-znanie.ru/article.php?nid=1843>. — (станом на 11.03.2011).
3. Пилипенко А. Н. Классификация и систематизация законодательства Франции // Журнал российского права. — 2001. — № 9. — С. 15–18.
4. Образовательный кодекс Франции. Законодательная часть / пер. с фр. О. А. Мандрусова и Г. Ф. Ткач. М. : Статут, 2003. 914 articles.
5. Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту : Указ Президента України (із змінами, внесеними згідно з Указом Президента № 1505/2005 (1505/2005) від 21.10.2005 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1148%2F2004>. — (станом на 01.09.2011).
6. Про фізичну культуру і спорт : Закон України від 24 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 4. — Ст. 54.
7. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — Ст. 447.
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради Української РСР. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.
9. Про антидопінговий контроль у спорті : Закон України від 5 квіт. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 23. — Ст. 112.

### Анотація

*Чередник Р. В.* Спортивний кодекс Франції та законодавство України у сфері спорту: порівняльно-правовий аналіз. Стаття.

Проблема кодифікації спортивного законодавства України потребує ґрунтовного наукового вивчення та осмислення, в тому числі на основі позитивного досвіду зарубіжних країн. У статті

порівнюється Спортивний кодекс Франції і нормативно-правові акти спортивного права України. Автором висвітлюється необхідність використання позитивного досвіду Франції, в частині кодифікації національного законодавства про спорт, через організаційно-правові форми участі держави в процесі систематизації законодавства у сфері спорту.

*Ключові слова:* Спортивний кодекс Франції, спортивна діяльність, правове регулювання у сфері спорту, кодифікація, спортивне законодавство України.

### Аннотація

*Чередник Р. В.* Спортивный кодекс Франции и законодательство Украины в сфере спорта: сравнительно-правовой анализ. Статья.

Проблема кодификации спортивного законодательства Украины нуждается в обстоятельном научном изучении и осмыслении, в том числе на основе позитивного опыта зарубежных стран. В статье сравнивается Спортивный кодекс Франции с нормативно-правовыми актами спортивного права Украины. Автор раскрывает необходимость использования позитивного опыта Франции, в части кодификации национального законодательства о спорте, через организационно-правовые формы участия государства в процессе систематизации законодательства в сфере спорта.

*Ключевые слова:* Спортивный кодекс Франции, спортивная деятельность, правовое регулирование в сфере спорта, кодификация, спортивное законодательство Украины.

### Summary

*Cherednyk R. V.* France Sports Code and Sports Legislation of Ukraine: comparative-legal analysis. Article.

The problem of codification in the sports legislation of Ukraine needs the detailed scientific comprehension with involving the positive experience from the legislation of foreign countries. The article compares French and Ukrainian sports legislation. The author tries to pay attention to the necessity of using the positive experience of France in the codification process of the national sports law.

*Keywords:* France Sports Code, sporting activity, sports legal adjusting, codification, sporting legislation of Ukraine.

## НАШІ АВТОРИ

Адамова О. С., доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Авескулов В. Д., аспірант кафедри трудового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Акрабова О. М., аспірант кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія»

Андрюшко І. Я., аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Антошина І. В., аспірант кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Арабаджи Н. Б., викладач кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету

Астахова Т. В., здобувач кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Афанасьєва М. В., доцент кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Бабецька І. Я., аспірант кафедри цивільного права і процесу Юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника

Басиста І. В., професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Бахрієва З. Р., асистент кафедри цивільного і трудового права Юридичного факультету Таврійського національного університету ім. В.І. Вернадського

Бельо Л. Ю., старший викладач кафедри цивільного і трудового права Одеської національної морської академії

Биков А. В., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Буюклі В. І., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Гаманюк Л. А., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Гвоздецький В. Д., перший проректор Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі, доктор філософії, професор

Гелеш А. І., аспірант кафедри загальної теорії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ

Горова А. В., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Девізоров Д. С., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Деревнін В. С., доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Джолос С. В., старший викладач кафедри спеціально-правових дисциплін Навчально-консультаційного центру Національного університету «Одеська юридична академія» у м. Черкаси

Долгополова Л. М., аспірант кафедри цивільного права №1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Долинська М. С., доцент кафедри господарсько-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Драпайло Ю. З., аспірант кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

Дрьоміна-Волок Н. В., головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, LL.M, кандидат юридичних наук, доцент

Дутка Г. І., доцент кафедри теорії та історії держави і права Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Єгоров Є. С., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Т. Г. Шевченка

Жадько В. Л., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Журенок Т. В., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Завальнюк В. В., ректор, перший віце-президент, професор кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Івакін О. А., завідувач кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Іванченко О. М., асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Ізбаш О. О., старший викладач кафедри цивільного і трудового права Одеської національної морської академії

Ісасв Ю. В., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Капліна О. В., завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», доктор юридичних наук, доцент

Капустіна Н. Б., доцент кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Каракаш І. І., завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Ківалов С. В., народний депутат України, голова Комітету з питань правосуддя Верховної Ради України, президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

Книгін К. Г., заступник декана ВСП Нікопольського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

Ковригін В. С., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Колеснікова Т. В., здобувач кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

Колібабчук Н. К., здобувач кафедри історії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Кориневич А. О., асистент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук

Коритко Л. Я., доцент кафедри теорії та історії держави і права Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Костира О. В., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Кохан М. С., аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін, трудового та господарського права Інституту економіки і права Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

Кравченко С. С., доцент кафедри цивільного та трудового права Київського університету права НАН України, кандидат юридичних наук, доцент

Краснов Є. В., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Красюк І. А., здобувач кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Крет Г. Р., доцент кафедри гуманітарних та соціально-економічних дисциплін Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Крусан А. Р., завідувач кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Лагутіна І. В., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Лисакова Т. В., асистент кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Личко В. С., асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Макаренко Ю. В., здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Манько Д. Г., кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету

**Мілімко Л. В.**, доцент кафедри господарсько-правових дисциплін Національного університету Державної податкової служби України, кандидат юридичних наук

**Могила Д. В.**, здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

**Москаленко О. В.**, докторант Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

**Нікітченко О. Е.**, доцент кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат філософських наук

**Остапенко Т. О.**, асистент кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Петренко В. С.**, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, суддя Київського районного суду м. Одеси

**Петруня В. В.**, здобувач кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

**Повар О. В.**, здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Половинкіна Р. Ю.**, аспірант кафедри історії та теорії держави і права Запорізького національного університету.

**Попсуєнко Л. О.**, доцент кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Прудніков В. А.**, здобувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Римар І. А.**, аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

**Розуменко І. В.**, здобувач кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Сагласва Н. О.**, аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Семаніва Ю. В.**, аспірант кафедри морського та митного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Сенчак І. І.**, викладач кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Інституту права імені І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»

**Сидор В. Д.**, доцент кафедри спеціально-правових дисциплін Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Сирота І. М.**, професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Сорочишин М. В.**, аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Тарасенко В. С., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Трюхан О. А., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Харитонova Л. І., ст. викладач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Хижняк Ю. В., аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Чайковський Ю. В., доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Чанишева А. Р., доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Чанишева Г. І., професор, завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

Чередник Р. В., здобувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Шамша І. В., докторант Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова, кандидат філософських наук

Шеренін Ю. Л., здобувач кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

Шершенькова В. А., асистент кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Шишлюк М. О., аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

Шумна Л. П., завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Чернігівського державного інституту права, соціальних технологій та праці, кандидат юридичних наук, доцент

Якубовська Н. О., доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

## ЗМІСТ

|                 |   |
|-----------------|---|
| Передмова ..... | 3 |
|-----------------|---|

**Розділ 1**  
**ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ**  
**СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

|  |    |
|--|----|
| <b>С. В. Ківалов</b><br>Щодо проблеми визначення предметної підсудності<br>в адміністративному судочинстві .....                                     | 7  |
| <b>В. В. Завальнюк</b><br>Принципи антропологічної парадигми права .....   | 14 |
| <b>Ю. Л. Шеренін</b><br>Касація як процесуальна форма реалізації додаткових гарантій<br>законності у судовому адміністративному процесі .....        | 20 |
| <b>О. В. Капліна</b><br>Проблеми єдності термінологічного наукового інструментарію<br>при означенні способів тлумачення норм права .....             | 26 |
| <b>І. А. Красюк</b><br>Принцип верховенства закону в українському праві .....  | 35 |
| <b>А. Р. Крусян</b><br>Генезис науково-практичної парадигми конституціоналізму .....   | 41 |
| <b>Г. І. Дутка</b><br>Делегування законодавчих повноважень .....   | 51 |
| <b>С. В. Джолос</b><br>Проблема державного суверенітету в умовах глобалізації:<br>загальнотеоретичний аспект .....                                   | 56 |
| <b>Т. В. Астахова</b><br>Конституційно-правовий аналіз діяльності політичних партій<br>в сучасній Україні: до постановки доктринальних проблем ..... | 64 |
| <b>Л. А. Гаманюк</b><br>Соотношение субъективного права и юридической обязанности .....  | 73 |
| <b>Т. В. Журенок</b><br>Легалізація як загальнотеоретична категорія .....  | 79 |
| <b>Д. Г. Манько</b><br>Легітимація і легалізація юридичної особи .....   | 85 |

**В. Л. Жадько**

Компаративний аналіз реалізації правотворчої форми податкової  
функції в конституціях сучасних держав світу . . . . . 93

**И. В. Антошина**

Информационная функция права в реализации правовых средств . . . . . 98

**І. І. Каракаш , В. Д. Сидор**

Проблеми підвищення якості земельного законодавства України . . . . . 105

**Л. В. Мілімко**

Реформа центрального органу виконавчої влади у сфері  
земельних відносин . . . . . 111

**Н. В. Дрёмина-Волок**

Стандарт должной осмотрительности («due diligence standard»)  
в международном антидискриминационном праве . . . . . 117

**О. М. Іванченко**

Узгодження норм національного та міжнародного права:  
юридико-технічний аспект . . . . . 125

**О. В. Повар**

Формування доктрини прав дитини в контексті  
«дитиноцентричної революції» початку ХХ століття . . . . . 132

**В. Д. Гвоздецький**

Корупція як соціальне, психологічне і моральне явище . . . . . 139

**І. В. Басиста**

Вплив окремих об'єктивних чинників на прийняття рішень слідчим . . 146

**Т. В. Колеснікова**

До питання визначення негативних змін в об'єкті  
кримінально-правової охорони як наслідків злочину . . . . . 152

**Розділ 2****АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ТА ФІЛОСОФІЇ ПРАВА****А. А. Ивакин**

Быть — это значит, постоянно изменяясь, все более  
становиться самим собою . . . . . 161

**С. С. Кравченко**

Невизначеність закону і теоретичні основи діяльності судді  
у філософії правового прагматизму . . . . . 170

**М. В. Афанасьєва**

Випереджальне відображення як філософсько-теоретичне  
підґрунтя виборчої інженерії . . . . . 177

**О. Е. Никитченко**

Антропологічний та правовий аспект актуалізації соціальних концепцій  
як конвергентного процесу в сучасному релігійному житті . . . . . 184

**О. В. Костира**

Філософія правової історії у творчій спадщині Ф. В. Тарановського . . . 191

**В. І. Буюклі**

Образ правоохоронної функції у сучасній теорії та філософії права . . . 198

**Н. Б. Капустіна**

Філософсько-правова проблематика періоду античності . . . . . 206

**А. І. Гелеш**

Інтеграція гуманістичних ідей у філософії права XIX–XX ст. . . . . 212

**О. Н. Акрабова**

Правотворчество как особый вид творчества . . . . . 220

**І. В. Шамша**

Педагогічна майстерність як мистецтво . . . . . 226

**І. Я. Андрюшко**

Правове мислення як центральна ланка правової культури . . . . . 231

**І. І. Сенчак**

Психологічний механізм правової рефлексії . . . . . 238

**Ю. В. Чайковський**

Проблема аксіологічної основи сучасного міжнародного права . . . . . 248

**Н. Б. Арабаджи**

Соціетальність та аутопойєзис правового порядку:  
методологічні аспекти . . . . . 254

**Розділ 3****ІСТОРИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА****Н. О. Саглаєва**

Принципи права в юриспруденції Стародавнього Риму . . . . . 265

**Л. А. Попсуєнко**

Возникновение парламента как важный этап в становлении  
английского парламентаризма . . . . . 272

**Т. О. Остапенко**

Вплив німецького міського права на розвиток правової системи  
України-Гетьманщини у другій половині XVII — 80-х рр. XVIII ст. . . 279

**Н. К. Колібабчук**

Виникнення та розвиток акціонерних товариств в Російській імперії  
наприкінці XVII–XVIII ст. . . . . 285

**Л. Я. Коритко**

Розвиток інституту права власності на природні об'єкти  
та їх ресурси в Австрії (др. пол. XIX — поч. XX ст.). . . . . 290

**И. В. Розуменко**

Историография вопроса правового регулирования недвижимого  
имущества в русском праве в трудах ученых XIX — начала XX ст. . . . 296

**В. А. Шершенкова**

Розвиток законодавства про військові злочини в УСРР  
в 1919–1921 роках . . . . . 301

**Т. В. Лисакова**

Роль військових трибуналів у розвитку інституту народних засідателів  
Радянської України в роки Великої Вітчизняної війни (1941–1945) . . 307

**Г. Р. Крет**

Виникнення та розвиток інституту закриття кримінальної справи  
у вітчизняному законодавстві до початку XX століття . . . . . 312

**Розділ 4****АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
ТРУДОВИХ ТА СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ВІДНОСИН****Г. І. Чанишева**

Правові основи соціального діалогу у сфері праці . . . . . 323

**І. М. Сирота**

Правові аспекти здійснення пенсійної реформи в Україні . . . . . 329

**І. А. Римар**

Матеріальний та юридичний зміст індивідуальних  
трудових правовідносин . . . . . 333

**В. С. Тарасенко**

Відмінність державної соціальної допомоги від державного  
соціального страхування . . . . . 338

**I. V. Lagutina**

The right to vocational training, retraining and professional  
development as a fundamental personal non-property labour right . . . . 343

**Є. В. Краснов**

Основні трудові права у зарубіжному законодавстві . . . . . 349

**О. В. Москаленко**

До питання про загальнообов'язкове державне соціальне  
страхування на випадок безробіття ..... 356

**В. Д. Авескулов**

Щодо визначення поняття «щорічна відпустка» ..... 362

**Л. І. Харитонова**

Проблеми і перспективи становлення сучасної системи  
пенсійного забезпечення України ..... 367

**М. О. Шишлюк**

Щодо проблеми надання пільг військовослужбовцям ..... 374

**В. А. Прудніков**

Обов'язкові умови трудового договору в Україні та зарубіжних державах:  
спроба порівняльно-правового аналізу ..... 379

**О. А. Трюхан**

Правове регулювання відпусток за проектом  
Трудового кодексу України ..... 384

**Д. В. Могила**

Тенденції розвитку правового регулювання трудових відносин за участю  
керівників підприємств, установ, організацій як працівників ..... 390

**Ю. В. Макаренко**

Категорії працівників у системі органів дипломатичної  
служби України ..... 395

**В. С. Ковригін**

До питання звільнення працівника у зв'язку з розкраданням  
майна власника ..... 400

**Ю. В. Ісаєв**

Щодо правового статусу керівника підприємства,  
установи, організації ..... 406

**Д. С. Девізоров**

Проблеми правового регулювання працевлаштування випускників  
вищих навчальних закладів ..... 412

**М. С. Кохан**

Про співвідношення премій як виду заохочення з преміями  
в системі оплати праці ..... 417

**А. В. Биков**

Зарубіжний досвід правового регулювання випробування  
при прийнятті на роботу ..... 423

**Є. С. Єгоров**

До питання нормування праці у сфері інноваційної діяльності . . . . . 428

**Л. П. Шумна**

Поняття та види соціальної підтримки . . . . . 433

**М. В. Сорочишин**Обмін інформацією як організаційно-правова форма  
соціального діалогу . . . . . 440**А. В. Горова**Недержавний сектор надання соціальних послуг:  
сучасний стан та перспективи розвитку . . . . . 445**Розділ 5****АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ****Л. Ю. Бельо**

Договір: деякі аспекти поняття . . . . . 453

**З. Р. Бахрієва**

Припинення договору управління майном . . . . . 460

**В. С. Деревнін**

Поняття товарної біржі за чинним законодавством України . . . . . 467

**Л. М. Долгополова**

Юридична природа торгів . . . . . 474

**К. Г. Книгін**

Суб'єкти договору надання правових послуг адвокатом . . . . . 480

**О. S. Адамова**

The meaning of marine insurance . . . . . 489

**Р. Ю. Половинкіна**Перша кодифікація положень спадкового права за Цивільним кодексом  
УРСР 1922 року: історико-правовий аспект . . . . . 495**В. С. Петренко**Програма гармонізації та уніфікації корпоративного права  
Європейського Союзу . . . . . 502**Н. О. Якубовська**

Світовий банк: від реконструкції до розвитку . . . . . 508

**Ю. З. Драпайло**

Правова природа Зводу звичаїв морського порту . . . . . 514

**В. В. Петруня**

- Проблема ефективності використання способів захисту  
прав суб'єктів господарювання . . . . . 520

**В. С. Личко**

- Правова допомога та її особливості в цивільних справах . . . . . 527

**А. Р. Чанишева**

- Правове регулювання іпотеки за законодавством України  
та деяких зарубіжних країн . . . . . 534

**Ю. В. Семаніва**

- Юрисдикція Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій  
палаті України . . . . . 541

**О. О. Ізбаши**

- Організації колективного управління авторськими  
і суміжними правами . . . . . 549

**Ю. В. Хижняк**

- Писатель и власть: о праве на свободу творчества . . . . . 555

**І. Я. Бабецька**

- Класифікація переважних прав у корпоративних правовідносинах . . . 562

**М. С. Долинська**

- Законодавство України про нотаріат: характеристика та особливості . . 568

**А. О. Кориневич**

- Міжнародно-правове регулювання безпеки поставок  
енергетичних ресурсів . . . . . 576

**Р. В. Чередник**

- Спортивний кодекс Франції та законодавство України  
у сфері спорту: порівняльно-правовий аналіз . . . . . 582

- Наші автори . . . . . 589

|

*Наукове видання*

# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

Випуск 63

*Українською, російською  
та англійською мовами*

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*  
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

---

Підписано до друку 06.02.2012. Формат 70×100/16. Папір офсетний.  
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 49,08.  
Тираж 300 прим. Вид. № 3. Зам. № 78.

Видавництво і друкарня «Юридична література»  
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7.  
Тел. (048) 777-48-79  
Свідectво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.

**Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. Вип. 63**  
А 437 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. —  
Одеса : Юридична література, 2012. — 604 с.  
Укр., рос. та англ. мовами.

Збірник наукових праць присвячений загальнотеоретичним проблемам сучасної юриспруденції, філософським, історичним дослідженням держави та права, актуальним питанням правового регулювання трудових та соціально-забезпечувальних відносин, проблемам сучасної цивілістики, іншим галузевим напрямкам розвитку сучасного права України.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків.

**ББК 67(4Укр)я43**  
**УДК 340(477)1082**



СТРАХОВА КОМПАНІЯ

**ТЕКОМ**

**СТРАХОВАЯ КОМПАНИЯ "ТЕКОМ"**

*www.tig.com.ua*

**ОДНА ИЗ ЛИДИРУЮЩИХ КОМПАНИЙ НА СТРАХОВОМ РЫНКЕ УКРАИНЫ,  
ПРЕДОСТАВЛЯЕТ УСЛУГИ ПО РИСКОВОМУ СТРАХОВАНИЮ  
(NON-LIFE INSURANCE) С 1997 ГОДА.**

**СК «ТЕКОМ» МОЖЕТ СТАТЬ ВАШИМ ПАРТНЁРОМ ПО ТАКИМ ВИДАМ  
СТРАХОВЫХ УСЛУГ:**

- *СТРАХОВАНИЕ ИМУЩЕСТВА (В ТОМ ЧИСЛЕ АРЕНДОВАННОГО);*
- *СТРАХОВАНИЕ НАЗЕМНОГО ТРАНСПОРТА (АВТОКАСКО);*
- *СТРАХОВАНИЕ СУДОВ (ЯХТ) И ДРУГОГО МОРСКОГО ТРАНСПОРТА  
(КАСКО, ОТВЕТСТВЕННОСТЬ);*
- *СТРАХОВАНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПЕРЕД ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ;*
- *СТРАХОВАНИЕ ОТ НЕСЧАСТНОГО СЛУЧАЯ;*

**ГЛАВНЫЙ ОФИС : 65005, Г. ОДЕССА, УЛ. МИХАЙЛОВСКАЯ, 44.**

**ТЕЛ.: (048) 719-05-55; e-mail: *office@tig.com.ua***

**Филиалы:**

**Филиал «Киевский»:**

Украина, 01032, г. Киев,  
ул. Саксаганского, 74, офис 503/504  
Тел./факс: (044) 537-67-01

**Филиал «Запорожский»:**

Украина, 69041, г. Запорожье,  
ул. 40-летия Сов. Украины, 13  
Тел.: (0612) 28-59-20

**Филиал «Донецкий»:**

Украина, 83001, г. Донецк,  
ул. Октябрьская, 85  
Тел./факс: (062) 335-73-77

**Филиал «Днепропетровский»:**

Украина, 49000, г. Днепропетровск,  
ул. Миронова, 30  
Тел.: (056) 778-33-08

**Филиал «Крымский»:**

95006, АР Крым, г. Симферополь,  
ул. Карла Маркса, 48, офис № 5  
Тел.: (0652) 25-35-89

**Филиал «Харьковский»:**

Украина, 61001, г. Харьков,  
ул. Плехановская, 90а  
Тел.: (057) 762-71-50

Лиц. ГКРРФУУ серия АГ № 569551-569573 все от 14.02.2011 г.

## ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку у збірнику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо дотримуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації — 10–12 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал — 1,5. Поля: верхнє та нижнє — 2 см, ліве — 3 см, праве — 1,5 см.

На початку рукопису необхідно зазначати індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. — 2009. — № 5. — С. 26–30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначати порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання у списку літератури, сторінка).

Після списку використаних матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До видавничо-редакційного відділу НДЧ НУ ОЮА необхідно додавати:

- роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка має містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);
- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

Інформацію щодо умов опублікування статті можна отримати у видавничо-редакційному відділі науково-дослідної частини Національного університету «Одеська юридична академія» за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2, каб. 1007. Тел.: 719-64-32, 093 163 29 31. E-mail: [ndch@onua.edu.ua](mailto:ndch@onua.edu.ua)

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.