

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



# ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

## ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Матеріали V міжнародної  
науково-практичної  
конференції  
(Київ, 18 листопада 2014 р.)

До 145-річчя  
академіка  
Всеукраїнської академії наук

Миколи Івановича  
ПАЛІЄНКА  
(1869-1937)



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

*CONCORDIA PARVAE RES CRESCUNT,  
DISCORDIA MAXIMAE DILABUNTUR*

Gaius Sallustius Crispus

*За згоди малі держави міцнішають,  
через розбіжності великі розпадаються*

Гай Саллюстій Кріспус

# ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

**Матеріали**

**V міжнародної науково-практичної конференції  
(Київ, 18 листопада 2014 р.)**

До 145-річчя  
академіка  
Всеукраїнської академії наук

**Миколи Івановича  
ПАЛІЄНКА  
(1869-1937)**

Київ  
Ніка-Центр  
2014

УДК 34  
ББК 67  
П56

**Поняття** та категорії юридичної науки. Зб. наук. праць. Матеріали V міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 18 лист. 2014 р.) / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила. — К. : Ніка-Центр, 2014. — 492 с.  
ISBN 978-966-7067-07-6

У збірнику вміщено тексти наукових доповідей та повідомлень, присвячених актуальним теоретичним та практичним проблемам юридичної термінології. Розглядаються питання понять та категорій в теорії права і держави, а також галузевих юридичних науках. Окремо розміщено статті-дослідження біографії та наукової спадщини провідного вченого-юриста, академіка Всеукраїнської академії наук М.І. Палієнка (1986-1937), публікуються його вибрані праці.

УДК 34  
ББК 67

Матеріали друкуються у редакції авторів.

---

---

## ЗМІСТ

### ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ АКАДЕМІЇ НАУК МИКОЛИ ПАЛІЄНКА

<b>Ігор Усенко</b> НА ШЛЯХУ ДО НАУКОВОЇ БІОГРАФІЇ АКАДЕМІКА М. І. ПАЛІЄНКА: ФАКТИ І ПРИПУЩЕННЯ.....	10
<b>Дмитро Михайличенко</b> МИКОЛА ІВАНОВИЧ ПАЛІЄНКО (1869–1937): КОРОТКИЙ НАРИС ХАРКІВСЬКОГО ПЕРІОДУ ЖИТТЯ ТА ТВОРЧОСТІ .....	20
<b>Наталія Оніщенко</b> ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВОРОЗУМІННЯ У ТВОРЧОСТІ М. І. ПАЛІЄНКА: СУЧАСНИЙ КОНТЕКСТ .....	26
<b>Анастасія Іванова</b> ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ У КОНТЕКСТІ ПРАЦЬ М. І. ПАЛІЄНКА .....	29
<b>Людмила Міхневич</b> ПОГЛЯДИ М. І. ПАЛІЄНКА НА ПРОБЛЕМИ СУВЕРЕНІТЕТУ .....	34

### ВИБРАНІ ПРАЦІ МИКОЛИ ПАЛІЄНКА

<b>ОБЛАСТНАЯ АВТОНОМИЯ И ФЕДЕРАЦИЯ</b> (упорядник О. Малишев) ..	38
<b>ПРОБЛЕМА СУВЕРЕНІТЕТУ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ</b> (упорядник М. Молявко) .....	50
<b>НОРМАТИВНИЙ ХАРАКТЕР ПРАВА И ЕГО ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ</b> (упорядник О. Малишев).....	82
<b>СУЩНОСТЬ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ И ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ЕЕ ОРГАНИЗАЦИИ В ЕВРОПЕЙСКИХ ГОСУДАРСТВАХ</b> (упорядник М. Куртинець).....	118
<b>ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ</b> (упорядник О. Малишев) .....	128

### ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

<b>Dr Jarosław Niesiołowski</b> KONCEPCJE PRAWA. STAN I PERSPEKTYWY W POLSKIEJ NAUCE PRAWA / Концепція права. Стан і перспективи у польській правовій науці .....	153
<b>Bartosz Szolc-Nartowski</b> KONCEPCJA ŻYCIA PRAWNEGO FRANCISZKA LONGCHAMPS A BADANIA NAD PRAWEM RZYMSKIM / Концепція правового життя Францішка Лонгшампа та дослідження римського права .....	158

<b>Кристина Белозерова</b> ЗНАЧЕНИЕ ТЕРМИНОВ ИНЫХ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТРУДОВЫХ ПРАВ УЧАСТНИКОВ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ (НА ПРИМЕРЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ТЕРМИНА “СУДИМОСТЬ”).....	161
<b>Олена Білоскурська</b> КАТЕГОРІЯ “ОБОВ’ЯЗКУ” В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ.....	164
<b>Анна Біцай</b> ПОНЯТТЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА.....	168
<b>Ірина Богдан</b> МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ “ТВОРЧИЙ ПРАЦІВНИК” .....	171
<b>Катерина Бориченко</b> ПОНЯТТЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ ЯК ВИДУ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ СІМЕЙ З ДІТЬМИ.....	175
<b>Едуард Боиштяну, Юлия Друмя</b> SOME LEGAL REFLECTIONS ON SOCIAL PARTNERSHIP IN THE FIELD OF LABOUR AS A MEANS OF ACHIEVING SOCIAL PEACE / Про деякі правові аспекти системи соціального партнерства у сфері праці як засіб досягнення соціального миру.....	178
<b>Олена Бусол</b> ТЕРМІНОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ “ПРОТИДІЯ КОРУПЦІЙНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ” .....	181
<b>Вячеслав Васецький</b> ПРАВОВІ ТА ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ІДЕОЛОГІЇ НА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ПРАВОВОМУ ПРОСТОРІ В ЕПОХУ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ .....	185
<b>Марія Ващишин</b> ТЕРМІНОЛОГІЧНІ РОЗБІЖНОСТІ У ПЕРЕЛІКУ СТРУКТУРНИХ ЕЛЕМЕНТІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ МЕРЕЖІ .....	188
<b>Світлана Вишневецька</b> МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКТРИНАЛЬНИХ ДЕФІНІЦІЙ ТРУДОВОГО ПРАВА .....	192
<b>Світлана Волошина</b> НАВЧАННЯ, ПЕРЕВІРКА ЗНАТЬ ТА ІНСТРУКТАЖ ПРАЦІВНИКІВ НА ПІДПРИЄМСТВІ З ПИТАНЬ ОХОРОНИ ПРАЦІ.....	195
<b>Христина Гайдаржи</b> БАГАТОЗНАЧНІСТЬ ПОНЯТТЯ “КООПЕРАЦІЇ” ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ .....	198
<b>Ігор Галіахметов</b> МУНІЦИПАЛЬНО-ПРАВОВА ІНТЕГРАЦІЯ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....	201
<b>Людмила Гаращенко</b> СТРОКОВИЙ ТРУДОВИЙ ДОГОВІР ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ІТАЛІЇ.....	204
<b>Ніна Гетьманцева</b> ВПЛИВ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН .....	208

<b>Инна Гиренко</b> “РАСТИТЕЛЬНЫЙ МИР” КАК ЦЕННОСТНАЯ КАТЕГОРИЯ В ЭКОЛОГИЧЕСКОМ ПРАВЕ .....	211
<b>Светлана Головина</b> ФОРМИРОВАНИЕ ТЕРМИНОЛОГИИ ТРУДОВОГО ПРАВА ПОД ВЛИЯНИЕМ СОВРЕМЕННЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ РЕАЛИЙ .....	214
<b>Володимир Горбалінський</b> СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ФАКТОРІВ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА ПІДГОТОВКУ СУДДІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ .....	218
<b>Павло Горбаченко</b> ТЕОРЕТИЧІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ “НАРКОБІЗНЕС” ТА “ОРГАНІЗОВАНИЙ НАРКОБІЗНЕС” .....	221
<b>Катерина Губар</b> МІСЦЕ ЮРИДИЧНИХ ЗНАТЬ В АКАДЕМІЧНИХ ПРОГРАМАХ П. І. ЛІНИЦЬКОГО.....	225
<b>Надія Дроздович</b> РОЛЬ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА У ФОРМУВАННІ ДОВІРИ ГРОМАДЯН ДО СУДДІВСЬКОГО КОРПУСУ.....	228
<b>Ярина Дупай</b> ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЯК ЕФЕКТИВНА ДІЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА.....	232
<b>Олена Заєць</b> ФОРМУВАННЯ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ЗЕМЕЛЬНИХ УПРАВЛІНСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН.....	236
<b>Дар’я Івашенко</b> ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ ТА СУТНІСТЬ “ВАЛЮТНОГО РИЗИКУ” ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ.....	239
<b>Ірина Ізарова</b> ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ.....	243
<b>Ганна Капгар</b> ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ РОЗУМІННЯ ПРАВА НА ДОСТРОКОВЕ ПЕНСІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.....	248
<b>Ксенія Кіндюк</b> ОСОБЛИВОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ У ПРАЦЯХ М. М. ГЕРНЕТА.....	251
<b>Людмила Козлюк</b> ЕКОЛОГО-ПРАВОВА АНТИКОРУПЦІЙНА КУЛЬТУРА ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ У ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЙНИМ ЗЛОЧИНАМ В ЕКОЛОГІЧНІЙ СФЕРІ .....	254
<b>Наталія Коробенко</b> ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПЕНСІЇ ПО ІНВАЛІДНОСТІ ВНАСЛІДОК ЗАГАЛЬНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ У НАУЦІ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ .....	257
<b>Тетяна Коротенко</b> ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ФОРМ СУДОВИХ ДОРУЧЕНЬ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ.....	260
<b>Надія Кравченко</b> СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВНОГО ОРГАНУ (правовий статус Омбудсмана в Україні).....	263

<b>Ірина Лагутіна</b> НЕСТАНДАРТНІ ФОРМИ ЗАЙНЯТОСТІ ТА ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ТРУДОВІ ПРАВА ПРАЦІВНИКІВ.....	266
<b>Олена Лебедева</b> ЦІЛІСНІСТЬ ЯК ОЗНАКА ТА ЦІННА ВЛАСТИВІСТЬ ДЕРЖАВИ .....	269
<b>Олег Лук'яничков</b> МАТЕРІАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ РОБОТОДАВЦЯ ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.....	273
<b>Никита Лютов</b> К ВОПРОСУ О ГИБКОСТИ НОРМ И КОНТРОЛЯ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРУДОВЫХ НОРМ.....	276
<b>Лариса Макаренко</b> СВІТОГЛЯД ТА ПРАВОВА КУЛЬТУРА ЯК ЧИННИКИ ВПОРЯДКУВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН .....	280
<b>Олександр Малишев</b> ОБЛІК НЕРУХОМОЇ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ У КОНТЕКСТІ ПОЛІТИКИ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ: ВІТЧИЗНЯНІ РЕАЛІЇ ТА ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД.....	284
<b>Олександр Мартиненко</b> МІСЦЕ ТА РОЛЬ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ У СОЦІОЛОГІЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ РОСКО ПАУНДА.....	290
<b>Анна Медвідь</b> ПОНЯТТЯ БЕЗДОМНОСТІ ТА БЕЗДОМНОЇ ОСОБИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ .....	293
<b>Руслан Мельник</b> ТЕРМІНОЛОГІЧНІ ВАДИ ПОНЯТТЯ “ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ” У КОНТЕКСТІ ВИЗНАЧЕННЯ РОДОВОГО ОБ’ЄКТА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ.....	297
<b>Олена Мельничук</b> МІЖНАРОДНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО: ОСНОВНІ КОНЦЕПЦІЇ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ТА ЗАРУБІЖНІЙ ДОКТРИНІ .....	301
<b>Роман Міліціанов</b> КОНСТИТУЦІЙНА ЗАСАДА ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	305
<b>Ірина Міма</b> ВЗАЄМОЗВ’ЯЗОК РЕЛІГІЙНО-ПРАВОВИХ ТРАДИЦІЙ ТА ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ ЯК КАТЕГОРІЙ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ	309
<b>Михайло Молявко</b> ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕЖИМУ МАЙНА У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ.....	312
<b>Олеся Молявко</b> ІНСТИТУТ САМОЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ.....	314
<b>Стелла Морозова</b> ВЗАЄМОДІЯ ЮРИДИЧНИХ СИЛ ЯК ЗАПОРУКА ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ .....	316
<b>Олег Муза</b> ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ СУТНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ.....	319

<b>Дмитро Навроцький</b> ЩОДО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ОСОБИ НЕ ВИКОНУВАТИ ЯВНО ЗЛОЧИННИЙ НАКАЗ .....	323
<b>Олена Нагорська</b> ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ВІДБУДОВИ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ .....	325
<b>Ніна Нижник</b> ЕФЕКТИВНІСТЬ СУЧАСНОЇ ДОКТРИНИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ .....	328
<b>Денис Новіков</b> ШТРАФ ЯК ВИД ДИСЦИПЛІНАРНОГО СТЯГНЕННЯ – ЧЕРГОВИЙ ПРОЯВ ПОШИРЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ “ГНУЧКОСТІ” (ДЕРЕГУЛЮВАННЯ) У ТРУДОВОМУ ПРАВІ .....	331
<b>Ганна Огнев’юк</b> ЕЛЕМЕНТНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА .....	333
<b>Ігор Онищук</b> КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ ТЕХНІКИ ЮРИДИЧНОГО ПИСЬМА .....	336
<b>Олег Орловський</b> ПРАВО НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ ЯК КАТЕГОРІЯ ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНОГО ПРАВА .....	340
<b>Марія Осядла</b> СВОБОДА ЯК СУТНІСТНА СКЛАДОВА ПРАВА: ТЕОРЕТИКО–ПРАВОВИЙ АСПЕКТ .....	343
<b>Олег Панасюк</b> ПРО ОБМЕЖЕННЯ РОЗВИТКУ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ТРУДОВОГО ПРАВА .....	346
<b>Михайло Паночко</b> ЧУЖОМОВНІ ЗАПОЗИЧЕННЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ЗБАГАЧЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ЮРИДИЧНОЇ ЛЕКСИКИ ГАЛИЧИНИ ХІХ СТ. ....	350
<b>Наталія Пархоменко</b> СУТНІСНІ ЗАСАДИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ЗМІСТ ПОНЯТТЯ “КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ” .....	353
<b>Наталія Паславська</b> ВПЛИВ ОКРЕМОЇ ДУМКИ НА РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ ФРН .....	357
<b>Анна Пастух</b> ПОНЯТТЯ “СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКА СИРОВИНА ДЛЯ ВИРОБНИЦТВА БІОПАЛИВА” В АГРАРНОМУ ПРАВІ .....	360
<b>Тетяна Подорожна</b> ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПОНЯТТЄВО-КАТЕГОРІЙНОГО АПАРАТУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА .....	363
<b>Даниела Пожар</b> SOME REFLECTIONS UPON THE SUBJECTIVE RIGHT DOCTRINE / Деякі роздуми про доктрину суб’єктивного права .....	366
<b>Олег Простибоженко</b> “ДОГОВІР В ІНТЕРЕСАХ СІМ’І” У МАЙНОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ПОДРУЖЖЯ: СПРОБА КОНЦЕПТУАЛЬНОГО ОСМИСЛЕННЯ .....	370
<b>Олена Радь</b> НОРМАТИВНІ АКТИ СУДОВОЇ ВЛАДИ – НОВЕ ПОНЯТТЯ В ТЕОРІЇ ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА .....	373



<b>Євгенія Романюк</b> ЮРИДИЧНІ КАТЕГОРІЇ ТА ПОНЯТТЯ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ.....	376
<b>Євген Ромінський</b> ОСОБЛИВІ РИСИ ДАВНЬОРУСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА КНЯЖОЇ ДОБИ: ПОДВІЙНІСТЬ ТА ПЕРСОНІФІКОВАНІСТЬ.....	379
<b>Євгенія Ружицька</b> ПРАВА СПОЖИВАЧІВ: ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ.....	383
<b>Наталія Руколяньська</b> ЛЕКСИКО-СЕМАНТИЧНІ КАТЕГОРІЇ НА ПОЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ СУМІЖНИХ ГАЛУЗЕЙ У ТЕКСТАХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ .....	386
<b>Тетяна Рябченко</b> ВИДИ РЕФЕРЕНДНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ЯК БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ .....	390
<b>Ольга Семчик</b> ПОДАТКОВИЙ КОМПРОМІС ЯК ФІНАНСОВО-ПРАВОВЕ ПОНЯТТЯ .....	393
<b>Людмила Симоненко</b> МОВНА НОРМА В ЗАКОНОДАВЧИХ АКТАХ.....	397
<b>Яна Сімугіна</b> ПОНЯТТЯ АНУЛЮВАННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ.....	402
<b>Дмитро Сіроха</b> СУЧАСНЕ РОЗУМІННЯ ЛОКАЛЬНОЇ НОРМОТВОРЧОСТІ СУБ'ЄКТІВ ТРУДОВОГО ПРАВА.....	406
<b>Андрій Скоробагатько</b> ПОНЯТТЯ КРИТЕРІВ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ В ПЕНСІЙНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ .....	409
<b>Сергій Сунегін</b> ДО ПИТАННЯ ПРО КРИЗУ СУЧАСНОГО ПРАВА.....	413
<b>Володимир Сухонос</b> МЕХАНІЗМ ДЕРЖАВИ: ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ АСПЕКТ .....	417
<b>Ірина Тарасова</b> ДОГОВІР ПРО СТВОРЕННЯ КІНОСЦЕНАРІЮ ЗА ЛІТЕРАТУРНИМ ТВОРОМ.....	421
<b>Тетяна Тарахонич</b> ТЕОРІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЯК ОДНА ІЗ ФОРМ УЗАГАЛЬНЕННЯ НАУКОВОГО ЗНАННЯ.....	424
<b>Ганна Толкачова</b> МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ДИТИНИ ТА ЇХ ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ У НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО.....	426
<b>Катерина Тоцька</b> СУДОВЕ РІШЕННЯ ЯК ПІДСТАВА ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ПРИ ЇЇ ВИКУПІ ДЛЯ СУСПІЛЬНИХ ПОТРЕБ.....	429
<b>Броніслав Тоцький</b> КАТЕГОРІЯ БАЛАНСУ ПУБЛІЧНОГО І ПРИВАТНОГО ІНТЕРЕСІВ .....	431
<b>Елена Усачева</b> СОГЛАШЕНИЕ ОБ УПЛАТЕ АЛИМЕНТОВ И СОГЛАШЕНИЕ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ СОДЕРЖАНИЯ: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ.....	435

<b>Віталія Хомич</b> ПРОБЛЕМИ ЛЕГАЛЬНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ СУБ'ЄКТИВНИМ ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ .....	439
<b>Наталія Хуторян</b> ПРОБЛЕМИ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ПРОЕКТУ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ .....	442
<b>Оксана Цюра</b> ПОНЯТТЯ “БАГАТОГАЛУЗЕВЕ ТВАРИННИЦТВО” У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ .....	445
<b>Чан Тху Ван</b> ФОРМИРОВАНИЕ ПОНЯТИЯ ТУРИЗМА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ВЬЕТНАМА.....	449
<b>Галина Чанишева</b> ПРАВО НА ВЕДЕННЯ ПЕРЕГОВОРІВ І УКЛАДЕННЯ КОЛЕКТИВНИХ ДОГОВОРІВ ТА УГОД ЯК КОЛЕКТИВНЕ ТРУДОВЕ ПРАВО .....	451
<b>Виталий Чепрага</b> SOME REFLECTIONS ON THE LEGAL REGIME OF NIGHT WORK IN INTERNATIONAL INSTRUMENTS, NORMATIVE ACTS OF THE EUROPEAN UNION AND IN THE REGULATION OF THE LABOUR CODE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA / О некоторых аспектах правового режима ночного труда в рамках международного правового инструментария, нормативно- правовых актов Европейского Союза и в правовых нормах трудового кодекса Республики Молдова.....	454
<b>Ольга Чесалина</b> РАБОТНИК, УЧАСТВУЮЩИЙ В ПРАВООТНОШЕНИЯХ ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ ТРУДА РАБОТНИКОВ КАК СУБЪЕКТ ТРУДОВОГО ПРАВА .....	459
<b>Людмила Чулінда</b> КАТЕГОРІЯ “СПРАВЕДЛИВОСТІ” ЯК КРИТЕРІЙ ПРАВОВОГО ЗАКОНУ.....	462
<b>Алла Ширант</b> ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОГО ФАКТУ, ЯКИЙ ПОРОДЖУЄ ПРАВО НА СОЦІАЛЬНІ ПІЛЬГИ (ПРАВОНАСТАВНИЙ АСПЕКТ).....	466
<b>Михайло Шумило</b> ПОНЯТТЯ “ПЕНСІЙНА СПРАВА” У ПРАВОВІДНОСИНАХ В ПЕНСІЙНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕНІ .....	469
<b>Ілля Шутак</b> ПОНЯТТЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕХНІКИ .....	473
<b>Тетяна Юзько</b> ПОНЯТТЯ “САМОЗАХИСТУ” В ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....	477
<b>Христина Юркевич</b> ПРЕДСТАВНИЦЬКИЙ МАНДАТ У СИСТЕМІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ .....	481
<b>Алла Юшко</b> ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН МОБІЛІЗОВАНИХ ПРАЦІВНИКІВ .....	483
<b>Галина Янковська</b> ТЕРМІНОСПОЛУЧУВАНІСТЬ ПОНЯТТЯ “КАТЕГОРІЯ” З ІНШИМИ У ПРАВОВІЙ СФЕРІ .....	487

---

---

# ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ АКАДЕМІЇ НАУК МИКОЛИ ПАЛІЄНКА

**Ігор Усенко,**

к.ю.н., професор, завідувач відділу історико-правових досліджень  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

## **НА ШЛЯХУ ДО НАУКОВОЇ БІОГРАФІЇ АКАДЕМІКА М. І. ПАЛІЄНКА: ФАКТИ І ПРИПУЩЕННЯ**

**П**остать академіка ВУАН Миколи Івановича Палієнка важко віднести до категорії «забутих» в історії юридичної науки. Його ім'я є в усіх провідних загальних і спеціальних юридичних довідкових виданнях. Праці вченого широко цитуються в науковій літературі і навіть періодично перевидаються.

Харківські бібліографи нарахували на сьогодні понад 150 праць, присвячених життю і науковій творчості правознавця, з яких третина побачила світ вже у цьому столітті. Серед них і кандидатська дисертація В. А. Пашневої «Державно-правові погляди М. І. Палієнка».

Водночас, як не дивно, в біографічних довідках про вченого ще чимало лакун і суперечливих відомостей. Зокрема, ми майже нічого не знаємо про особисте життя вченого, його родинне оточення, риси характеру тощо. Та й відомості про науково-педагогічну діяльність правознавця зводяться здебільшого до дат зайняття тих чи інших посад, виходу наукових праць та захисту дисертацій. Тому я нагадаю учасникам конференції ці основні відомості, а разом з тим намагатимуся поділитися і деякими результатами своїх останніх пошуків, які ще не знайшли відображення в науковій літературі.

Загальновідомо (і це підтверджується багатьма документами), що Микола Іванович народився 25 листопада 1869 р. (за старим стилем) у Києві в сім'ї вчителя.

Звернення до відповідної довідкової літератури (адрес-календарів і пам'ятних книжок Київської губернії, довідників «Весь Київ» тощо) дало змогу знайти лише одного педагога, який міг би бути батьком ученого. Це Іван Степанович Палієнко (18 червня 1832 р. – 6 липня 1912 р. згідно з написом на могилі на Байковому кладовищі). Він був випускником 2-ої Київської гімназії, вищу освіту здобув 1851 р. на фізико-математичному факультеті Університету св. Володимира. Багато років викладав математику в 1-й Київській гімназії, дослужився зрештою до посади інспектора цієї гімназії. Згодом у 1873–1875 рр. був першим

директором Київського реального училища, а в другій половині 80-х років у чині дійсного статського радника – членом Київської міської управи.

У дворянському списку зазначено, що Сенатським указом від 30 вересня 1892 р. Іван Степанович був зарахований до спадкового російського дворянства (третьої частини родословної книги). Підставою для цього було досягнення у цивільній службі чина 4 класу – дійсного статського радника. У списках київського дворянства 1906 р. разом з ним зазначені дружина Варвара і діти Костянтин, Микола, Борис, Михайло, Олена, Марія і Анна<sup>1</sup>.

В різних інших джерелах вдалося знайти, що в Києві у військовому інтендантському відомстві служив Михайло Степанович Палієнко (мешкав за адресою: вул. Золоторотська, 4), який, ймовірно, був дядьком правознавця. Відомо також, що в 1900 р. Анна Іванівна Палієнко служила вчителькою загальноосвітніх предметів Київських жіночих професійних класів, які розміщувалися у приміщенні з адресою: Трьохсвятительська, 6. А якийсь Борис Іванович Палієнко (можливо, молодший брат Миколи Івановича) в 1915 р. у чині колезького секретаря був членом Уманського окружного суду. Двоюридним братом правознавця, можливо, був Потап Михайлович Палієнко – завідувач Веприкським двокласним училищем у Васильківському повіті. Утім, зазначені гіпотези про родинні зв'язки між різними носіями прізвища «Палієнко» ще потребують ретельної перевірки. Слід продовжити і поки що невдалі пошуки із з'ясування ролі занять та долі інших братів і сестер Миколи Івановича Палієнка.

Достовірно не відомо, де саме майбутній академік здобув середню освіту. Цілком ймовірно, що у 1-й Київській гімназії. У 1892 р. він закінчив юридичний факультет Університету св. Володимира з дипломом 1 ступеню, але професорським стипендіатом по кафедрі державного права став лише в 1894 р. Розумним поясненням такої паузи може бути кількарічна відсутність постійного викладача на цій кафедрі. Заслужений професор О. В. Романович-Славатинський був звільнений за штат у 1886 р., а його наступник – С. А. Єгізаров офіційно посів кафедру лише в червні 1893 р. Вірогідно, що саме він і став офіційним наставником нового професорського стипендіата.

В листопаді 1898 р. М. І. Палієнко був допущений до читання двох пробних лекцій (такий дозвіл давався лише після складання магістерських іспитів). Ці лекції справили позитивне враження, були оприлюднені в університетському виданні і принесли молодому магістранту звання приват-доцента. Надалі він був відряджений на два роки для поглиблення освіти в Паризькому, Гейдельберзькому і Страсбурзькому університетах. Достеменно невідомо, як саме і в який час було використано це відрядження. В окремих джерелах зазначається, що воно відбулося в 1899–1901 рр., але це не зовсім узгоджується з іншими фактами біографії вченого. З великою долею вірогідності можна припустити, що в

<sup>1</sup> Список дворян Киевской губернии. – Киев: Изд. Киев. Дворян. Депутат. собрания, 1906. – С.191

Страсбурзі Микола Іванович слухав лекції класика юридичного позитивізму і засновника теорії несuverенних держав Г. Еллінека, творчості якого він згодом присвятив одну з своїх праць. Водночас Гейдельберзький університет був визнаним центром німецької юридичної науки, який щойно у 1886 р. відзначив своє 500-річчя. Утім Б. О. Кістяківський, які приблизно у ці ж самі часи стажувався в Гейдельберзі, звертав увагу на певну спрошеність і приземленість лекційних викладів у німецьких університетах порівняно з російськими.

Після завершення закордонного відрядження М. І. Палієнко повернувся однак не до Києва, а до Ярославля. Можна побудувати версію, що такий вибір зумовила близькість його батька до київського міського голови Павла Павловича Демидова – одного з представника відомої династії промисловців і меценатів (його дід був двоюрідним братом засновника Демидовського юридичного ліцею Павла Григоровича Демидова)<sup>1</sup>. Проте загалом протекціонізм тоді не був масовим явищем в університетському житті і, ймовірно, в Університеті св. Володимира просто не було відповідної вакансії.

Отже, в 1900 р. М. І. Палієнко на правах приват-доцента став викладачем у Демидовському юридичному ліцеї і прочитав свою вступну лекцію. У деяких джерелах можна прочитати, що правознавець рахується за ліцеєм від 1896 р., але це не узгоджується з іншою інформацією. Ліцеєм у 1885–1904 рр. керував відомий історик права С. М. Шпилевський. Навчальний план був наближений до університетського і за кількістю студентів-юристів заклад поступався лише Московському, Петербурзькому і Київському університетам. Викладав М. І. Палієнко не «рідне» державне право, а відповідно до наявної вакансії – енциклопедію права (згідно з навчальним планом – два семестри на першому курсі). Його робоче навантаження в 1900/1901 навчальному році складало 5 академічних годин (кожна 50 хвилин) на тиждень в першому семестрі і 3 години – в другому семестрі. В подальшому він теж мав у середньому 4 години (дві лекційні пари) на тиждень. Лекції в ліцеї починалися о 10-й годині і завершувалися до 12-ої, тож час для наукових занять був. Посадовий оклад приват-доцента без вченого ступеня в ліцеї складав 1200 крб. на рік. Екстраординарні професори (магістри наук) одержували 1600 крб., а ординарні професори (доктори наук) – 2400 крб. Професори ще одержували «столови» і «квартирні» – 200–300 крб. на рік<sup>2</sup>.

У 1903 р. М. І. Палієнко успішно захистив магістерську дисертацію за монографією «Суверенітет. Історичний розвиток ідеї суверенітету і її правове значення» і невдовзі був обраний на посаду екстраординарного професора по кафедрі енциклопедії права.

В 1906 р. через вихід у відставку за вислугою років М. Й. Куплеваського звільнилася кафедра державного права у Харківському університеті. М. І. Палі-

<sup>1</sup> Ковалинский В. Меценаты Киева. – К.: Кий, 1998. – С.113-117.

<sup>2</sup> Егоров А. Д. Лицеи России: опыт исторической хронологии. – Кн. 3. Демидовский юридический лицей. – Ч. 2. – Иваново, 1994. – С. 133-145.

енко подав на конкурс свою кандидатуру, яка була схвалена факультетом і університетом. Надалі до захисту дисертації на ступінь доктора державного права за монографією «Вчення про сутність права і правову пов'язаність держави» (Харків, 1908 р.) він був екстраординарним професором, а від 1910 р. — ординарним професором цієї кафедри. Науково-викладацька кар'єра вченого розвивалася стрімко і в 1912 р. у 43-річному віці М. І. Палієнко став проректором Харківського університету. На цій посаді він залишався до 1918 р.

У «Харківський період» правознавець паралельно з основною працею був деканом юридичного факультету місцевих Вищих жіночих курсів. Він же став ініціатором заснування 1912 р. Вищих комерційних курсів Харківського купецького товариства, які 1916 р. були перетворенні на Харківський комерційний інститут. Утім, цій проблемі, наскільки мені відомо на нашій конференції присвячено окрему доповідь.

Події Лютого і Жовтня 1917 р. радикально змінили досі відносно спокійний ритм академічного життя. Вчений виступає з лекціями перед населенням, випускає кілька науково-публіцистичних праць «на злобу дня», витриманих здебільшого у дусі поглядів партії народної свободи (конституційних демократів), членом якої, за окремими відомостями, був правознавець. Згодом він дистанціювався від нової радянської влади і радо вітав у жовтні 1919 р. вступ до Харкова «добровольців» Д. І. Денікіна. Тоді ж він разом з В. М. Гордоном і деяким іншими харківськими професорами підписав відкрите звернення до західних науковців, засуджуючи діяльність більшовиків.

Проте з крахом денікінщини і поверненням до Харкова радянської влади вчений мав серйозні підстави непокоїтися за свою подальшу долю. Тому в 1920 р. він приймає запрошення викладати державне право в приватному Боспорському університеті в Керчі. Водночас він проводить заняття на Археологічних курсах при Керченському музеї старовини. Після кількох місяців праці у Керчі він переїжджає до Сімферополя, де стає професором новоствореного Таврійського університету. Цю посаду він займає до березня 1921 р., коли вирішує повернутися до Харкова.<sup>1</sup> У тодішній столиці радянської України вченого чекала праця на кафедрі державного права Харківського інституту народного господарства, який став правонаступником як Харківського комерційного інституту, так і юридичного факультету Харківського університету. При цьому інституті на правах відносно самостійної установи від 1923 р. діяла науково-дослідна кафедра «Проблеми сучасного права», яку очолював академік В. М. Гордон. М. І. Палієнко в рамках цієї кафедри вважався керівником секції публічного права, а після смерті В. М. Гордона очолив установу загалом.

Окрім того, вчений консультував ряд радянських установ. Так, збереглися експертний висновок від 4 вересня 1922 р., підписаний В. М. Гордоном та

<sup>1</sup> Пашнева В. А. Вклад академика Н. И. Палиенко в развитие правовой науки в Украине в советский период // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. — Сер. «Юрид. науки». — Т. 19 (58). — 2006. — № 3. — С. 238–239.

М. І. Палієнком щодо безпідставності польських претензій на деякі бібліотечні колекції та інші культурні цінності на території УСРР<sup>1</sup>. Був він також вченим секретарем Наукового комітету Наркомату освіти УСРР. Згодом правознавець брав участь у підготовці конституції УСРР 1929 р. та деяких інших нормативно-правових актів.

Мешкав у цей час професор за адресою вул. Чернишевського, буд. 75, кв. 2. На його утриманні за станом на 1923 р. була дружини Єлізавета Павлівна та її мати

Вершиною наукового визнання правознавця стало обрання його 30 жовтня 1930 р. академіком Всеукраїнської академії наук за спеціальністю «право». Фактично академічний загал визнав його кандидатуру «цілком гідною» ще під час виборів у червні 1929 р., але майже рік знадобився на те, щоб органи влади відкрили відповідну додаткову вакансію.

У статусі академіка М. І. Палієнко мав очолити профільну Комісію для вивчення радянського права (від 1930 р. – Комісія для вивчення радянського права і будівництва), яка до того не мала формального голови. На її чолі стояв «керівник» – професор А. Е. Кристер. Оскільки М. І. Палієнко не поспішав переїжджати до Києва, то його головування до певної міри було номінальним. Реально обов'язки керівника Комісії в 1930–1932 рр. послідовно виконували А. Е. Кристер, М. М. Лозинський, Г. М. Розенблат. На цей час, на жаль, вже розпочалися процеси поступового згорання діяльності правничих установ ВУАН. Склад Комісії істотно скоротився та оновився, ряд її досвідчених працівників було репресовано або звільнено з роботи.

Вже в 1931 р. не стало колишнього поділу на секції, склад Комісії налічував всього сім науковців (М. І. Палієнко, А. Е. Кристер, І. М. Сіяк, Р. М. Бабун, М. М. Лозинський, Г. М. Розенблат, Б. Й. Лехтман), які номінально поділялися на сектор радянського будівництва (очолював І. М. Сіяк) і сектор радянського права (очолював Р. М. Бабун). Приблизно з середини 1931 р. в Комісії почався процес «методологічного переозброєння». В планах на 1932 р. чільне місце посіли правові проблеми класової боротьби, протидії бюрократизму та шкідництву, критики «концепції держави українського націоналізму». Планувалося і опрацювання проблем теорії законодавства, судоустрою, цивільного і трудового права, але лише в світлі соціалістичної реконструкції, планового господарства тощо. Суто юридичний характер мала лише тема досліджень М. І. Палієнка «Право громадянства в СРСР і за кордоном». Члени Комісії по кілька місяців проводили у різних відрядженнях (насамперед на селі з метою організації посівної), а тому обсяг наукової продукції помітно зменшився. А в лютому 1932 р. компартійним осередком академії було прийнято рішення замість трьох правничих комісій (історії українського права, звичаєвого права і радянського права

---

<sup>1</sup> Центральний державний архів вищих органів влади і управління України. – Ф. 4, оп. 1, спр.789, арк. 83–83 зв.

і будівництва) утворити єдину Комісію радянського будівництва і права на чолі з М. І. Палієнком. Така об'єднана комісія проіснувала ще два роки. В лютому 1934 вона у зв'язку з реорганізацією ВУАН була ліквідована, а її працівники увійшли до складу Кабінету радянського будівництва і права при Президії ВУАН, який через кілька місяців теж припинив існування.

М. І. Палієнко залишився «академіком-одинаком», одноосібним науковим підрозділом, який мав здійснювати наукову діяльність за індивідуальним планом. Такі плани він подавав, передбачаючи в них опрацювання проблем контролю в радянському будівництві та конституційного розвитку України в складі союзної держави. Утім, академік піддавався дедалі більшій критиці з боку партійно-державного керівництва. Так, у доповідній записці АН УРСР до ЦК КП(б)У про роботу Академії за 1935 р. зазначалося: «При академії рахується 15 кафедр академіків-одинаків, але половини цих кафедр у дійсності не існує. Серед академіків є одинаки, які для Академії є «мертвими душами»: акад. Яворницький (історик, філолог), Палієнко (юрист), Левитський (економіст, юрист)»<sup>1</sup>. Від 1930 р. нам вже не вдалося знайти жодної опублікованої праці вченого.

Останні відомості про нього наводить у своєму щоденнику (запис від 30 червня 1935 р.) В. І. Вернадський, згадуючи про цікаву зустріч з Миколою Івановичем в санаторії АН СРСР «Узкое» під Москвою.

Помер М. І. Палієнко 11 листопада 1937 р. в Харкові. В цей зловісний час репресій жодної офіційної реакції на смерть академіка з боки влади й академічного загалу, схоже, не було. Принаймні не вдалося знайти ні висловлювань скорботи, ні офіційного некрологу в академічних виданнях. Проте і підстав вважати його репресованим немає.

Що ж стосується наукового доробку вченого, то мені відомо 50 його наукових праць, деякі з них виходили як журнальними статтями, так і окремими відбитками (останні як несамостійні в поданому покажчику позначені літерним номерами «1а», «2а» тощо). Це на десяток праць більше, ніж досі зазначалося у відповідній літературі, зокрема в бібліографії, виданій в цьому році в Національному юридичному університеті ім. Ярослава Мудрого<sup>2</sup>. Окрім того, вже існує більше 10 сучасних перевидань фрагментів окремих праць вченого, насамперед у першому і четвертому томах видання «Антологія української юридичної думки».

У межах цієї статті не має можливості, а, вірогідно, й реальної потреби до-

<sup>1</sup> Історія Національної академії наук України 1934–1937. Документи і матеріали. – К., 2003. – С. 221.

<sup>2</sup> Палієнко Микола Іванович, 1869–1937 [Електронний ресурс] : персон. бібліогр. покажч. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Наук. б-ка ; [уклад.: О. О. Будецька, О. І. Самофал ; відп. за вип. Н. П. Пасмор ; інж. оформл. Л. В. Кашаєва]. – Електрон. текст. дані. – Харків, 2014. – 27 с. : іл. – (Представники харківської правової школи ; вип. 2). – Режим доступу: <http://dspace.nulau.edu.ua> ; <http://library.nulau.edu.ua>. – Назва з титул. екрана.



ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ АКАДЕМІЇ НАУК МИКОЛИ ПАЛІЄНКА  
кладно аналізувати правові позиції вченого. Відповідні коментарі можна легко  
знайти у вже опублікованих працях з історії академічної юридичної науки. Спо-  
діваємося, що і учасники цієї конференції суттєво поглиблять наші знання про  
наукову спадщину академіка.

Додаток

## СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ М. І. ПАЛІЄНКА

Скорочення у тексті:

Антологія української юридичної думки. Т. 1. Загальна теорія держави і права, філософія та  
енциклопедія права. - К.: Вид. Дім «Юрид. книга», 2002. — Ант1,  
Антологія української юридичної думки. Т. 4. Конституційне (державне) право. — К.: Вид.  
Дім «Юрид. книга», 2003 — Ант4,  
Вестник Советской юстиции — ВСЮ,  
Временник Демидовского юридического лицея — ВДЮЛ,  
Журнал Министерства юстиции — ЖМЮ,  
Записки Императорского Харьковского университета — ЗИХУ,  
Киев, Київ — К.,  
Москва — М.,  
Санкт-Петербург — СПб.,  
Университетские Известия (Киев) — УИ,  
Юридическая библиография — ЮБ,  
Юридическая библиография, издаваемая Демидовским юридическим лицом —  
ЮБДЮЛ,  
Юридический Вестник — ЮВ,  
Ярославль — Яр.,  
Харьков, Харків — Х.,

1. Сущность административной юстиции и основные черты ее организации  
в Европейских государствах : проб. лекция магистранта Н. Палиенко, читанная  
5 ноября 1898 г. // УИ. — 1898 (год 38). — Кн. 12. — С. 1–14, разд. паг.

1а Сущность административной юстиции и основные черты ее организации в  
Европейских государствах : проб. лекция. — К. : Тип. Император. Ун-та Св. Влади-  
мира, 1898. — 14 с. ( Оттиск из «УИ» за 1898 г.)

2. Закон и административное распоряжение : проб. лекция магистранта Н. Па-  
лиенко, читанная 9 ноября 1898 г. // УИ. — 1898 (год 38). — Кн. 12. — С. 15–29, разд.  
паг.

2а. Закон и административное распоряжение : проб. лекция. — К.: Тип. Импе-  
ратор. Ун-та Св. Владимира, 1898. — 2, 15 с. (Оттиск из «УИ» за 1898 г.)

3. Предмет и задачи энциклопедии права и идея права : вступ. лекция // ВДЮЛ.  
— 1900. — Кн. 82. — С. 4–20, разд. паг.

3а. Предмет и задачи энциклопедии права и идея права : вступ. лекция. - Яр.:  
Типо-лит. Э. Г. Фальк, 1900. — 20 с. (Оттиск из «ВДЮЛ», кн. 82).

4. Новая психологическая теория права и понятие права // ВДЮЛ. — 1900. —  
Кн. 82. — С. 1–27, разд. паг.

4а. Новая психологическая теория права и понятие права. — Яр. : Типо-лит.  
Э. Г. Фальк, 1900. — 27 с. (Оттиск из «ВДЮЛ», кн. 82).

5. Лассон А. Система философии права: краткий очерк истории философии права / Пер. с нем. Н. П. Ширяевой; под ред. и с предисл. Н. И. Палиенко // ВДЮЛ. — 1902. — Кн. 84. — С. I—VII, 1—104, разд. паг.
6. Нормативный характер права и его отличительные признаки : К вопросу о позитивизме в праве // ВДЮЛ. — 1900. — Кн. 86. — С. 1—48, разд. паг.
- 6а. Нормативный характер права и его отличительные признаки : К вопросу о позитивизме в праве. — Яр. : Тип. Губ. правл., 1902. — 48 с. (Оттиск из «ВДЮЛ», кн. 86).
7. Программа по энциклопедии права // ВДЮЛ. — 1902. — Кн. 86. — С. 1—7, разд. паг.
8. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение // ВДЮЛ. — 1903. — Кн. 89. — С. I—XV, 1—176, разд. паг.; Кн. 90. — С. 177—567, разд. паг.
- 8а. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. — Яр.: Тип. Губ. правл., 1903. — [2], XV, [3], 567, [2] с. (Оттиск из «ВДЮЛ», кн. 89, 90).
9. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение (положения) // ВДЮЛ. — 1903. — Кн. 90. — С. 1—3, разд. паг.
10. Рец. на кн.: Залесский Ф. В. Лекции по энциклопедии права. — Казань: Тип.-лит. Имп. Ун-та, 1903 // ВДЮЛ. — 1903. — Кн. 90. — ЮБ. — Вып. 64/65. — С. 22—50.
11. О законе // Общедоступная библиотека правоведения Общества распространения полезных книг под ред. Г. Фельдмана. — М. : Тип. Об-ва полезных книг. — 1904. — 48 с.
12. Программа по энциклопедии права для студентов Демидовского юридического лица // ВДЮЛ. — 1905. — Кн. 92. — С. 1—8, разд. паг.
- 12а. Программа по энциклопедии права для студентов Демидовского юридического лица. — Яр. : Тип. Губ. правл., 1905. — 8 с. (Оттиск из «ВДЮЛ», кн. 92).
- 12б. Программа по энциклопедии права для студентов Демидовского юридического лица. — Яр.: Типо-литогр. и цинкогр. Г. А. Петражицкого, 1905. — 7 с.
13. Правовое государство и конституционализм // Вестник права. — 1906. — № 1. — С. 127—163.
14. Нормативный характер права и его отличительные признаки. — 2-е изд., доп. // ВДЮЛ. — 1906. — Кн. 91. — С. 1—58, разд. паг.
15. Нормативный характер права и его отличительные признаки. — 2-е изд., доп. — Яр.: Тип. Губ. правл., 1905. — [2], 58 с. (Оттиск из «ВДЮЛ», кн. 91).
16. Бенуа К. Всеобщая подача голосов и эволюция политических партий / Пер. с франц.; под. ред. Н. И. Палиенко // ВДЮЛ. — 1906. — Кн. 91. — С. 1—45, разд. паг.
17. Рец. на кн.: Die Rechtswidrigkeit: Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes / Alexander Hold von Ferneck. — Jena G. Fischer, 1903. —Vd. 1 // ВДЮЛ. — 1906. — Кн. 92. — ЮБ. — Вып. 67/68. — С. 32—48, 1—18.
18. Рец. на кн.: Фатеев А. Н. Очерк развития индивидуалистического направле-

ния в истории философии государства (Идея политического индивида). – Х.. – Ч. 1, 1904, Ч. 2, 1907 // ЮБДЮЛ. – 1907. – № 2 (1 окт. 1907 г.). – С. 1–2.

19. Учение о существе права и правовой связанности государства. – Х.: Тип. и лит. М. Зильберберг и с-вья, 1908. – [4], IV, 342, [1] с.

20. Отзыв о диссертации С. А. Котляревского «Конституционное государство: опыт политико-морфологического обзора» // ЗИХУ. – 1908. – Кн.1, ч. офиц. – С. 18–32.

21. Отзыв о диссертации А. Н. Фатеева «Очерк развития индивидуалистического направления в истории философии государства: идея политического индивида» // ЗИХУ. – 1908. – Кн.1, ч. офиц. – С. 33–38.

22. Отзыв о работе, поданной Джоном Стюартом Милем на соискание премии имени Зарудного под девизом «Лучшее средство испытать принцип – это довести его до крайних следствий» // ЗИХУ. – 1909. – Кн. 3, ч. офиц. – С. 1–4.

23. Отзыв о сочинении В. Монастырева на тему: «Избирательное право, его природа и организация в современных государствах» // ЗИХУ. – 1909. – Кн. 3, ч. офиц. – С. 36–38.

24. Отзыв о сочинении П. Петровского на тему: «Правовое положение и политическая роль народного представительства в современных конституционных монархиях» // ЗИХУ. – 1909. – Кн. 4, ч. офиц. – С. 1–4.

25. Рец. на кн.: Герваген Л. Л. Обязанности как основание права. – СПб., 1908 // ЮБДЮЛ. – Яр.: Тип. Губерн. Правл., 1909, № 1 (11) 1 июня 1909 г. – С. 1–2.

26. Основные законы и форма правления в России : юрид. исслед. – Яр. : Тип. Губ. правления, 1910. – 78, [2] с. *Праця містить три частини без назви, на звороті титульного аркуша є посилання на «ВДЮЛ» №3 (5).*

26а. Основные законы и форма правления в России : юрид. исслед. – Яр.: Тип. «Печатник», 1910. – 79 с. *Праця містить три глави зі своїми назвами і зміст на окремі сторінці, посилання на «ВДЮЛ» відсутнє.*

27. Об одной защите эмоциональной теории права // Право. – 1910. – № 19 (9 мая). – С. 1185–1195.

28. Рец. на кн.: Министерская власть в Современном конституционном государстве. Ее основы, роль и современное положение / А. А. Алексеев // ЖМЮ. – 1911. – Кн. 2. – С. 297.

29. Георг Иеллинек и его значение в науке государственного права. // ЖМЮ. – 1911. – Кн.4. – С. 144.

30. К вопросу о правовом характере наших основных законов // Право. – 1912. – № 16 (22 апр.). – С. 916–924.

31. Задачи и пределы юридического изучения государства, и новейшее формально-юридическое исследование проблем государственного права. // ЖМЮ. – 1912. – Кн. 2. – С. 121–153; Кн. 3. – С.1–55.

31а. Задачи и пределы юридического изучения государства, и новейшее формально-юридическое исследование проблем государственного права. – СПб.: Сенат. тип., 1912. – 89 с. (Отгиск из «ЖМЮ» за 1912 г., кн. 2, 3)

32. Новая доктрина народного суверенитета во французском государствоведении // ЖМЮ. – 1913. – Кн. 1. – С. 140–183; Кн. 2. – С. 93–124.

33. Рец. на кн.: Русское государственное право. Т. 1 Конституционное право / Н. И. Лазаревский. — 3-е изд. — СПб.: Тип. АО «Слово», 1913 // ЮВ. — 1913. — Кн. 2. — С. 261—265.
34. Программа по государственному праву / Н. И. Палиенко, А. А. Алексев. — Х.: Тип. и лит. М. Зильберберг и с-вья, 1914. — 16 с.
35. Правовое значение Манифеста 17 октября 1905 года. // ЮВ. — 1915. — Кн. XI (III). — С. 57—64.
- 35а. Правовое значение Манифеста 17 октября 1905 года. — Москва: Тип. Г. Лисснера и Д. Собко, [1915]. — 8 с. (Отгиск из журн. «ЮВ» за 1915 г., кн. XI).
36. Отзыв о диссертации К. А. Кузнецова «Английская палата общин при Тюдорах и Стюартах» // ЗИХУ. — 1915. — Кн. 4, ч. офиц. — С. 1—10.
37. Формы государственного устройства и управления. — Х.: Тип. М. Х. Сергеева, 1917. — 15 с.
38. Областная автономия и федерация. — Х.: Тип. М. Х. Сергеева, 1917. — 16 с.
39. Правовое положение Временного правительства и революционная конституция России до большевистского переворота (доклад 29 октября 1917 г. в общем собрании общества юридических и экономических знаний при Харьковском университете) // Право и жизнь. — № 2—3. 15 IX—1 X 1918. — С. 8—15.
40. Временное правительство и революционная Конституция России до большевистского переворота: доклад обществу юридических и экономических знаний при Харьковском университете. — Х., 1918. — 20 с.
41. Государственный язык по действующему в Украине праву // Голос права. — 1918. — № 1. — С. 2—5.
42. Конфедерации, федерации и Союз Советских Социалистических Республик / Предисл. М. Ветошкин. — Б. м.: Госиздат Украины, 1923. — 72 с. *В каталогах різних бібліотек місцем видання цієї праці називають Харків або Одесу.*
43. Право гражданства в Союзе ССР // ВСЮ. — 1925. — № 7 (17). — С. 270—276.
44. Право громадянства в сучасних федераціях і в Союзі РСР. — Х.: Юрид. вид-во НКЮ УСРР, 1926. — 31 с.
45. От редакционной коллегии / Н. И. Палиенко, А. Л. Малицкий, Б. В. Попов, В. М. Корецкий // Сборник статей кафедры «Проблемы современного права» и правового факультета Харьковского института народного хозяйства, посвященных памяти академика, профессора В. М. Гордона. — Х., 1927. — С. 5.
46. Учения о природе государства и его единстве в современном государствоведении // Сборник статей кафедры «Проблемы современного права» и правового факультета Харьковского института народного хозяйства, посвященных памяти академика, профессора В. М. Гордона. — 1927. — С. 15—44.
47. Право амнистии и помилования в советских республиках // ВСЮ. — 1928. — № 10. — С. 293—295.
48. Проблеми суверенітету сучасної держави. — Х.: Юрид. вид-во НКЮ УСРР, 1929. — 39 с.
49. Нове законодавство про громадянство Союзу РСР // Вісник Радянської юстиції. — 1930. — № 18. — С. 507—510.

50. Die neue Staatsverfassung der Rate-Ukraine // OstEuropa. – Jahrgang 5. – 1929/1930. – Н. 12. – С. 810–827.
51. Предмет и задачи энциклопедии права и идея права // Академічна юридична думка / Уклад. І. Б. Усенко, Т. І. Бондарук. – К.: Ін Юре, 1998. – С. 252–260.
52. Правовая связанность государства // Хропанюк В. Н. Теория государства и права: хрестоматія. – М.: ИНТЕРСТИЛЬ, 1998. – С. 299–304.
53. Нормативный характер права и его отличительные признаки. К вопросу о позитивизме в праве // Ант1. – С. 354–360
54. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение // Ант1. – С. 361–368.
55. Учение о существе права и правовой связанности государства // Ант1. – С. 369–377.
56. Сущность административной юстиции и основны ее организации в европейских государствах // Ант4. – С. 448–459.
57. Право гражданства в сучасних федераціях і в Союзі РСР. // Ант4. – С. 460–473.
58. Областная автономия и федерация // Ант4. – С. 474–487.
59. Основные законы и форма правления в России // Ант4. – С. 488–545.
60. Суверенитет: Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. – Яр.: тип. Губ. правл., 1903. – 567 с. – Репринт ООО «Книга по требованию», 2011. – 606 с. *На обкладинці помилково «Палиєнко Н. К.»*
61. Правова держава і конституціоналізм // Вибори та демократія. – 2012. – № 1. – С. 104–119.

**Дмитро Михайличенко,**  
к.іст.н., доцент кафедри політичної економії  
Харківського національного економічного університету ім. С. Кузнеця  
d.mykhajlychenko@ukr.net

### **МИКОЛА ІВАНОВИЧ ПАЛІЄНКО (1869–1937): КОРОТКИЙ НАРИС ХАРКІВСЬКОГО ПЕРІОДУ ЖИТТЯ ТА ТВОРЧОСТІ**

**Н**а жаль, наявні відомості про життя та творчість Миколи Івановича Палієнка досить обмежені. Причиною цьому є як втрата архівів вищих навчальних закладів Харкова у воєнні часи, так і величезний культурний розрив, який виник між містом початку та кінця ХХ ст. Забуття, невідомість, недовідженість постатей, які були обличчям міста на межі ХІХ–ХХ ст., стали настільки кричущими, що дозволили Є. Федоровій, онуці учня М.І. Палієнка професора А.Р. Гюнтера, вести розмову про історію “безіменного покоління”<sup>1</sup>. Отже, завданням даної статті не є повна реконструкція обставин харківського

---

<sup>1</sup> Федорова Е. Безымянное поколение / Екатерина Федорова; Предисл. О.И. Киянская. – М.: Б.и., 2004. – 447 с.

періоду життя та творчості М.І. Палієнка. За наявними матеріалами можна лише вказати на основні факти та спробувати висвітлити їх у загальному контексті реалій міста перших десятиліть минулого століття.

М.І. Палієнко зробив типову академічну кар'єру університетського вченого. Народився він 25 листопада (7 грудня) 1869 р. у Києві. У 1892 р. закінчив юридичний факультет Імператорського Київського університету Св. Володимира із дипломом першого ступеня та був залишений для підготовки до професорського звання. У 1898 р. ним були прочитані перші пробні лекції для студентів<sup>1</sup>.

За існуючими правилами, у 1899 р. М.І. Палієнко був відправлений у дворічне наукове відрядження до університетів Німеччини та Франції – стажувався у Гейдельберзькому, Страсбурзькому та Паризькому університетах. У Гейдельберзі, вочевидь, слухав лекції австро-німецького теоретика права Георга Еллінека (1851–1911). Як раз у 1900 р. Еллінек опублікував перше видання свого труда “Загальне вчення про державу”. Де, зокрема, виступив із теорією обмеженого суверенітету та із аналізом правового становище територій, які є складовою частиною імперій та федеративних утворень. Тема, вельми близька до проблем державно-політичного устрою і “строкатої монархії” і Другої імперії у Німеччині. У Гейдельберзі ж М.І. Палієнко був слухачем приватного марксистського гуртка<sup>2</sup>.

Після повернення, у 1900 р. Микола Іванович отримав посаду приват-доцента, згодом, професора енциклопедії права у Демидівському юридичному лиціі<sup>3</sup>. У 1903 р. захистив магістерську дисертацію “Суверенітет. Історичний розвиток ідеї суверенітету і її правове значення”<sup>4</sup>. Двома виданнями виходить його робота “Нормативный характер права і ознаки, що його відрізняють: До питання про позитивізм у праві ” (1902, 1905). У 1906 р. був обраний професором державного права до Харківського університету, у 1908 р. захистив

<sup>1</sup> Палиенко Н.И. Сущность административной юстиции и основные черты ее организации в европейских государствах : Проб. лекция магистранта Н.И. Палиенка. / Палиенко Н.И. – К.: Тип. Имп. Ун-та св. Владимира Н.Т. Корчак-Новицкого, 1898. – 14 с. – (“Университетские известия”, 1898 г.); Палиенко Н.И. Закон и административное распоряжение : Пробная лекция магистра Н.И. Палиенка. / Н.И. Палиенко – К.: тип. Имп. ун-та Св. Владимира Н.Т. Корчак-Новицкого, 1898. – 15 с. – (“Университетские известия”, 1898 г.)

<sup>2</sup> Центральний державний архів вищих органів влади (ЦДАВО). – Ф. – 166. Оп. 12. – Спр. 5645. арк.1 – 3; Пашнева В.А. Погляди М.І. Палієнка на господарсько-культурну автономію, як форму реалізації інтересів національних меншин // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского – Сер. Юридические науки. – Т. 19 (58), № 2. – 2006 г. – С. 302.

<sup>3</sup> Палиенко Н.И. Предмет и задачи энциклопедии права и идея права : (Вступ. лекция) прив.-доц. Демид. юрид. лицея Н.И. Палиенко. / Прив.-доц. Н.И. Палиенко – Ярославль: Типо-лит. Э.Г. Фальк, 1900. – 20 с.; Палиенко Н.И. Программа по энциклопедии права для студентов Демидовского юрид. лицея / Проф. Н.И. Палиенко. – Ярославль : Тип. Губ. правл., 1905. – 8 с. – (Временник Демидовского юридического лицея; Кн. 92).

<sup>4</sup> Палиенко Н.И. Суверенитет: Ист. развитие идеи суверенитета и ее правовое значение / Н.И. Палиенко, прив.-доц. Демид. юрид. лицея. – Ярославль: Тип. Губ. правлю, 1903. – XV, 567 с.

ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ АКАДЕМІЇ НАУК МИКОЛИ ПАЛІЄНКА докторську дисертацію “Вчення про єство права і правовий зв'язок держави”<sup>1</sup>. З 1912 р. – проректор Імператорського Харківського університету, ординарний професор, дійсний статський радник, кавалер орденів<sup>2</sup>.

Академічна кар'єра М.І.Палієнка була хоча і типовою, але досить стрімкою. Інтерес, у зв'язку з цим, становить відгук його учня, теж професора права, кваліфікованого вченого із не менш стрімкою, до 1917 р., академічною кар'єрою, О.Р. Гюнтера<sup>3</sup>:

“[Мій університетський вчитель]

Наступний професор, про якого я хочу сказати декілька слів, – мій вчитель, професор Микола Іванович Палієнко, який читав курс державного права. Я його дуже любив, він був найдобрішою, найчеснішою та навіть зворушливою людиною. Як вчений він не здобув собі ім'я – він був вірним послідовником крупного німецького державознавця, професора Гейдельберзького університету Георга Еллінека. Змінював свою точку зору із тієї чи іншої проблеми Г. Еллінек, змінював її і М.І. Палієнко.

Магістерська дисертація М.І. Палієнка являє інтерес як сумлінно зібрані та піддані критичному аналізу визначення поняття “суверенітет”. М.І. Палієнко, власне, нічого нового не додав: залишаючись вірним послідовником Еллінека, він прийняв його визначення та трактування суверенітету. Але захист відбувся добре і Палієнку був присуджений вчений ступінь магістра державного права.

Будучи обраним в.о. екстраординарного професора Харківського університету, Микола Іванович невдовзі представив на здобуття вченого ступеня доктора державного права роботу “Вчення про сутність права та правову зв'язаність держави”. Мені не зовсім зрозуміло, чому ці дві зовсім самостійні проблеми представлені як одна проблема. Я би зрозумів це, якщо б М.І. Палієнко надав таке визначення сутності права, з якого б витікала правова пов'язаність держави. Но коли М.І. Палієнко приймає розповсюджене серед юристів визначення права як сукупності норм, що їх видає держава, чинних для виконання громадянами та установами, таких, що мають примусову силу та виконання яких захищене відповідними органами держави, то він нічого нового, невідомого науці, не каже.

За такого визначення права друга частина роботи ніяк не пов'язується із першою.

І ще: великий подив викликає друга частина роботи: “вчення про правову зв'язаність держави”. Розглянувши низку спроб обґрунтувати правову

---

<sup>1</sup> Палиенко Н.И. Учение о существе права и правовой связанности государства / Проф. Н.И. Палиенко. – Х.: Тип. и лит. М. Зильберберг и с-вья, 1908. – IV, 342 с.

<sup>2</sup> Проф. Н.И.Палиенко: К избранию на пост проректора // Южный край. – 11 сентября 1912 г. – № 10978.

<sup>3</sup> Гюнтер Олександр Ріхардович (1890 – 1984) – випускник юридичного факультету Харківського університету, правознавець, адвокат, викладач і науковець. У 1915 – 1921 рр. професор Харківського університету та Комерційного інституту.

зв'язаність держави, професор Палієнко дістає висновку, що держава зв'язана не правом, не їм виданими правовими нормами, дію яких воно може змінити або зовсім скасувати, і не нормами міжнародного права, за якими не стоять аніякі санкції, які могли б бути застосовані стосовно держави, яка порушила ту чи іншу норму міжнародного права, - держава зв'язана не правовими нормами, а соціальними силами, які протистоять державі. Якщо виконувати вимоги цих сил, то саме це протистояння і являє зв'язаність держави.

Ступінь доктора державного права професору М.І. Палієнку було присуджено... (трикрапки О.Р. Гюнтера. – Д.М.)<sup>1</sup>

Відгук становить тим більший інтерес, що у ньому присутні єдині відомі слова про особисті якості М.І. Палієнка. Заради справедливості слід відзначити, що безсторонню та часом в'їдливу оцінку О.Р. Гюнтер надає усім професорам університету, яких згадує.

В 1909 р. М.І. Палієнко виступив призвідником гучної громадської ініціативи. Або, за висловом харківського журналу “Счетоводство и хозяйство”, був “одним з носіїв” думки про відкриття у Харкові розсадника комерційних знань у вигляді комерційного інституту на зразок тих, що були створені у Москві та Києві<sup>2</sup>. Раніше, у 1888 – 1893 р. за ініціативою комерції-радника М.В. Орлова та на кошти Харківського купецького товариства було засноване Харківське комерційне училище, що у 1896 р. отримало ім'я Імператора Олександра III. Пам'ять про цю ініціативу була жива серед громадськості міста.

Цього разу, автором ідеї, а також розробником проекту уставу, навчальних програм та кошторису на 4 роки діяльності нового вишого навчального закладу виступав М.І. Палієнко<sup>3</sup>. Створення комерційного інституту було на руку не лише підприємницьким колам, але й професорам університету. Адже за існуючого порядку, який корінням уходив у німецьку традицію, економічні науки у університетах вивчали на юридичних факультетах. Об'єктивно, така організаційна пов'язаність створювала певні складнощі у розгортанні економічної освіти і науки. М.І. Палієнко звернувся до громадськості. У Купецькому товаристві міста проект зустрів повне розуміння купецького старости та голови Олікунської ради Комерційного училища, комерції-радника І.К. Велитченка. Велитченко й очолив комісію із опрацювання уставу комерційного інституту, та застосував свої “важливі впливи” для просування проекту.

Завдання це виявилось не з легких, адже створенню комерційного інституту існувала міцна опозиція правих кіл. До її лав входили як прихильники “класичної” університетської освіти, так і ті, хто бачив у проекті лише новий засіб єврейської експансії, що розгортається за потурання кадетської професури. Такої

<sup>1</sup> Федорова Е. Безымьянное поколение / Екатерина Федорова ; Предисл. О.И. Киянская. – М.: Б.и., 2004. – 261 – 262.

<sup>2</sup> Харьковские высшие коммерческие курсы // Счетоводство и хозяйство. – 1912 г. – №9. – С. 237.

<sup>3</sup> Комерческий институт // “Южный край”. – 24 октября 1910 г.



точки зору дотримувався директор Комерційного училища М.І. Дубяга. Її розділяв харківський губернатор камергер М.К. Катеринич. 12 травня 1911 р. виїшла резонансна стаття відомого публіциста М.О. Меньшикова, де ідею заснування навчального закладу у Харкові було представлено саме з цього боку, — як створення наступного, за Київським, “єврейського” комерційного інституту<sup>1</sup>. Навпаки, ініціативу підтримували харківські підприємці, Рада з'їздів гірничо-промисловців півдня Росії на чолі з М.Ф. фон-Дітмаром, та прихильно ставився до неї міністр торгівлі і промисловості С.І. Тімашев. Захищаючи проект, купець О.П. Єгоров на зборах Купецького товариства 16 травня 1911 р. казав: “пп. Величченко, Палієнко, Повов є справжніми русаками, до того ж малоросами. Уся місцева преса із надзвичайним співчуттям поставилася до ідеї інституту, як розсаднику комерційної освіти, якої так потребує руська людина”<sup>2</sup>.

Після листування харківського губернатора із міністерством торгівлі і промисловості було досягнуто компромісу: частку євреїв серед студентства обмежувалося 5% нормою, з числа опікунів нового навчального закладу видалялися політично неблагонадійні особи<sup>3</sup>. Міністр не наважився подавати на затвердження до Думи (скоріше, до Державної Ради) проект створення комерційного інституту у ліберальному Харкові одразу із аналогічними поданнями щодо Московського та Київського інститутів; навчальний заклад було відкрито восени 1912 р. як Вищі комерційні курси. Статус інституту вони отримали лише у 1916 році<sup>4</sup>. М.І. Палієнко викладав у ХВКК курс державного права. З 1915 р., за станом здоров'я, він передав курс своєму учневі О.Р. Понтеру<sup>5</sup>. Так чи інакше, роль М.І. Палієнка у заснуванні інституту не залишалася неоціненою. 28 вересня 1914 р., урочисте зібрання з нагоди закладення будівлі ХКІ вирішило відправити на його адресу телеграму із вдячністю за труди із заснування закладу<sup>6</sup>.

Більш кардинальні зміни відбулися у академічній кар'єрі М.І. Палієнка у 1917 — на поч. 1920-х рр. В 1917 р. він, як і інші професори університету та комерційного інституту, опублікував короткі просвітницькі роботи. Зокрема, “Обласна автономія і федерація”, де аналізував можливі варіанти державно-

<sup>1</sup> Меньшиков М.О. Национальная политика // Меньшиков М.О. Как воскреснет Россия? Избранные статьи / М.О. Меньшиков, сост. С.В. Харитонов, предисл. М.Б. Смолина. — СПб: Русская симфония, 2007. — С. 466 — 472.

<sup>2</sup> Балышева Е. Коммерческий институт в Харькове. К истории создания и строительства здания: 1911 — 1915 гг. // “Дайджест Е” — Режим доступу: <http://didigest-e.narod.ru/didigest-2011/05-2011/index.html>

<sup>3</sup> Державний архів Харківської обл. (ДАХО). — Ф.3. — Оп. 285. — Спр. 243. — Арк. 1,3.

<sup>4</sup> Нариси з історії Харківського національного економічного університету: Монографія / Пономаренко В. С., Михайличенко Д. Ю., Єрмаченко В. Є., Сахно О. А.; Під заг. ред. В. С. Пономаренка. — Х.: Видавничий Дім “ІНЖЕК”, 2005. — С.23 — 26.

<sup>5</sup> Разрешение отпуска проректору проф. Палиенко Н.И. // Южный край. — 7 марта 1915 г. — № 12603.

<sup>6</sup> Южный край. — 30 сентября 1914 г. — № 10364.

політичного устрою нової Російської держави<sup>1</sup>. У 1919 р. М. І. Палиєнко відзначився як прихильник Білого руху – читав лекції на організованих ОСВАГ Курсах права і політики у будівлі Комерційного інституту<sup>2</sup>. Перед наступом червоних військ у жовтні 1919 р. на час залишив Харків та евакуювався до Криму, де до 1921 р. викладав у Таврійському університеті. На еміграцію Микола Іванович не наважився, повернувшись до міста<sup>3</sup>.

Встановлення радянської влади призвело до глибоких змін у академічній сфері країни. 1920 р. був відзначений низкою політичних репресій проти ліберальної кадетської професури Харкова. Зокрема, проти членів Академічної Спілки та підписантів складеної професором університету та комерційного інституту В.Ф. Левитським “Відозви професорів півдня Росії до вчених Заходу”. Тимчасово припинив свою діяльність Комерційний інститут. Згодом, навчальний заклад було позбавлено приміщення та бібліотеки і реорганізовано у Інститут народного господарства (ХІНГ).

Реорганізація мала глибокий характер. Вона передбачала об’єднання ХКІ із юридичним, відтепер, правовим факультетом, відбраного у також реорганізованого у Інститут народної освіти університету. Наукова та начальна діяльність у вузах розділялася. Підготовку наукових квадрів та дослідницьку роботу мали провадити науково-дослідні кафедри ВУАН. М.І. Палиєнко очолив науково-дослідну кафедру проблем сучасного права.

Кафедри залишалися тісно пов’язаними із діяльністю вузів. У кінці 1920-х рр. вона вже іменувалася кафедрою “при ХІНГ”. На 1 січня 1927 р. у складі 13 дійсних членів, 6 наукових співробітників та 14 аспірантів<sup>4</sup>. М.І. Палиєнко продовжував очолювати кафедру та бути керівником секції державного права. У ХІНГ він читав курси “Державне чужоземне право” та “Історія публічно-правових інститутів”<sup>5</sup>, був керівником секції публічного права організованого кафедрою у інституті семінару підвищеного типу. До цього часу відносяться дві опубліковані ним великі роботи “Конфедерації, федерації і Союз СРСР” (1923 р.) та “Право громадянства у сучасних федераціях у Союзі РСР” (1926 р.).

Здушливу атмосферу 1920-х рр. з її хвилями ідеологічних кампаній, хронічним браком фінансування та невлаштованим побутом навряд чи можна

<sup>1</sup> Палиєнко Н.И. Областная автономия и федерация / Проф. Н.И. Палиєнко; Харьк. о-во грамотности. – Х.: Тип. М.Х. Сергеева, 1917. – 16 с. - (Лекции Политико-экономических курсов / Харьк. о-во грамотности); Палиєнко Н.И. Формы государственного устройства и управления / Н.И. Палиєнко, Харьковское Общество грамотности. – Х.: Тип. М.Х. Сергеева, 1917. – 15 с. – (Лекции политико-экономических курсов / Харьк. о-во грамотности).

<sup>2</sup> Новая Россия. – 4 июля 1919 г.

<sup>3</sup> Перша хвиля такої евакуації відбулася під час зайняття Харкова червоними наприкінці 1918 – червня 1919 рр.

<sup>4</sup> Звіт науково-дослідної катедри “Проблеми сучасного права” при ХІНГ // Наука на Україні. – 1927 г. – № 2-4. – С. 223.

<sup>5</sup> Адресно-довідкове видання “Весь Харків” на 1929 рік. – Х.: Книггазжур, 1929. – С. 71.

ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ АКАДЕМІЇ НАУК МИКОЛИ ПАЛІЄНКА назвати сприятливою для наукової та викладацької діяльності. Звіт керованої М.І. Палієнком кафедри за 1925 – 1927 рр. обертається навколо тем українізації, браку коштів на публікацію трудів та наукові відрядження та незадовільну оплату праці науковців, що змушувало їх працювати на декількох роботах<sup>1</sup>.

Матеріали партійних “чишень”, які прокотилися країною до кінця 1920-х рр. свідчать, що у ХІНГУ набули розвитку кризові явища. Вже з середини десятиліття на ході навчального процесу відбувалося погіршення якості контингенту студентів – з нього систематично “вичищали” “колишніх” представників вищих верств – та ідеологізація навчального процесу, введення до навчального плану низки “соціально-економічних” дисциплін навколомарксистського толку, що їх читали “червоні професори”.

Тривалий час встановлений у 1912 – 1916 рр. навчальний план та принципи організації навчального процесу вдавалося зберігати. Але із початком індустріалізації та “великого перелому” криза стрімко посилювалася. Студенти відчували себе дезорієнтованими, та не бачили, як існуючий профіль навчання дозволить їм знайти себе у “новому житті” сталінської країни. Зростала недовіра до “старих” професорів та інститутської адміністрації<sup>2</sup>. На початку 1930 р., у розпалі скороспілих реорганізацій, інститут було ліквідовано та розділено на галузеві вузи. На академіка ВУАН з 1930 р. М.І. Палієнка очікував новий, київський період життя.

**Наталія Оніщенко,**  
д.ю.н., професор, зав. відділом теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,  
Заслужений юрист України, академік НАПрН України  
teorija\_06@inbox.ru

## **ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВОРОЗУМІННЯ У ТВОРЧОСТІ М. І. ПАЛІЄНКА: СУЧАСНИЙ КОНТЕКСТ**

**Х**арактерною рисою сучасної теоретико-правової думки є плюралізм ідей щодо розуміння права. Це зумовлено необхідністю теоретичного обґрунтування та юридичного забезпечення концептуальних підходів, на основі яких у європейській традиції права розробляються такі правові ідеали, як основоположні права людини, принципи верховенства права та правової держави<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Звіт науково-дослідної кафедри “Проблеми сучасного права” при ХІНГ // Наука на Україні. – 1927 г. – № 2-4. – С. 223 – 227.

<sup>2</sup> Нариси з історії Харківського національного економічного університету: Монографія / Пономаренко В. С, Михайличенко Д. Ю., Єрмаченко В. Є., Сахно О. А.; Під заг. ред. В. С. Пономаренка. – Х.: Видавничий Дім “ІНЖЕК”, 2005. – С.61 – 65.

<sup>3</sup> Шемшученко Ю.С. Передмова // Національні тенденції та міжнародний досвід сучасного праворозуміння: монографія / за заг. ред. Н.М. Оніщенко. – К.: Юридична думка, 2013. – С. 3 (480 с.)

У контексті сучасного праворозуміння актуальним вбачається дослідження інтегративної юриспруденції, завданням якої є утвердження комплексного, багатоаспектного і широкого підходів до розуміння права шляхом виділення тих елементів у правових концепціях, які допомагають краще усвідомити основні ознаки права.

Важливим аспектом такого дослідження є також аналіз підходів до розуміння європейського права у зарубіжній та вітчизняній доктрині.

Без перебільшення можна констатувати, що проблема праворозуміння займає центральне місце в юридичній науці. Проте, як це не парадоксально, власне сам феномен “праворозуміння” досліджений, на наш погляд, вельми поверхнево. Недостатньо розроблені питання праворозуміння в учбовій літературі. Відсутня відповідь на питання, що означає – розуміти право<sup>1</sup>. Слід враховувати і те, що проблематика сучасного праворозуміння не виникла на “порожньому місці”. Цій, існуючій сьогодні теорії, передували розробки минулого, серед яких почесне місце належить творчості М.І. Палієнка. Не останню роль в якій займає праця “Учение о существъ права и правовой связанности государства. – Харьков: Типография и литография М. Зильберберга, 1908”. Для того щоб перекинути “місток” між дослідженнями минулого і сьогодення, пропонуємо заглибитися в цю доленосну проблематику.

Загальновизнана типологія права, принаймні, складається з: нормативістського підходу, соціологічного, теорії природного права, філософського розуміння права й інтегративної юриспруденції.

Не заперечуючи важливість кожного з цих напрямів і необхідність їх дослідження хочемо зазначити, що пошуки єдиного або абсолютного визначення права, яке нарешті врівноважило б суперечки між прибічниками природно-правового, позитивного і філософського підходів до нього, не досягли своєї мети. Слід зазначити, що в теорії держави і права більше досліджено приваювання однієї із зазначених вище теорій праворозуміння в певних просторотемпоральних характеристиках, ніж власне сутнісний розвиток права. Це пов'язано із своєрідністю права, необхідністю розгляду його витоків, принципів, функцій, а, отже, констатацією того, що ця абстрактна категорія не може бути однаковою для різних державно-правових утворень навіть в рамках однієї правової сім'ї.

Дотримуючись логіки викладу пропонуємо зупинитися на еволюції термінопоняття “право”. Враховуючи розмаїття наукових поглядів на цю проблему починаючи із стародавніх часів і до цього часу, слід констатувати, що дефініції, поняття, термінологічна визначеність категорії “право” не була константна або однаковою для різних правових порядків. Безумовно, в цьому контексті слід розглядати найбільш відомі правові школи. Втім, як назначав М.І. Палієнко

<sup>1</sup> Теория государства и права: В 3-х т.: [учебник] / [под ред. Р. А. Ромашова, В. П. Сальникова]. – [изд. 2-е, доп., перераб.]. – СПб.: Фонд “Университет”, 2010. – Т. 2. – С. 23.

“абсолютний і універсальний порядок у відносинах не може бути встановлений людьми, тому його джерела знаходилися в божественному розумі або у божественній силі природи”<sup>1</sup>.

Ідея природного права виникла ще в Стародавній Греції і Стародавньому Римі і пов'язана з іменами Сократа, Арістотеля, грецьких і римських стоїків, Цицерона, Ульпіана і інших римських юристів. У епоху середньовіччя вона отримала розвиток в богословських віруваннях Хоми Аквінського. Проте, як один з основних напрямів праворозуміння і самостійна наукова школа, природно-правова доктрина склалася в період розкладання феодалізму, підготовки і проведення буржуазних революцій XVII–XVIII ст.ст. Її видатними представниками були: Г. Гроцій, Т. Гоббс, Д. Локк, Вольтер, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, А. Радіщев та ін.

Природно-правова школа в своїх переконаннях виходила з існування двох систем права – природного і позитивного. З цього приводу М.І. Палієнко зазначав – природне право визнавалося основою або, принаймі, ідеальною метою правового життя людства<sup>2</sup>.

Позитивне право – це офіційно визнане, діюче в тій або іншій державі право, одержує вираз в законах і інших правових актах державної влади, у тому числі звичаях, що санкціонуються нею. У філософії Канта позитивне право одержує навіть вищу санкцію з боку законів розуму<sup>3</sup>.

У такий спосіб поверхневе узагальнення еволюції рис та властивостей терміно-поняття “право” надає можливість їх систематизації. Отже, право на протязі розвитку певних правових порядків в координатах часу і простору визначалося і розумілося як природній “розум” і “природна” справедливість, “народний дух”, “інтуїтивне начало”, творча діяльність суду, імперативні засади, що діють у державі, державний регулятор суспільних відносин.

Враховуючи філософське положення про взаємозв'язок, взаємозалежність та взаємообумовленість категорій “форма” та “зміст”, спробуємо зупинитися на другій складовій викладу – еволюції “сутнісного наповнення”, “насичення” права як явища соціальної дійсності.

Складні економічні, політичні, соціальні процеси в сучасному суспільстві демонструють нагальну необхідність пошуку нових підходів до багатьох не вирішених проблем в право- та державотворенні. Те, що пропонувала теорія, теоретичні напрацювання та концептуальні положення вчора, на жаль, не отримало практичного втілення або, ще гірше, було визнано недосконалим саме з практичної точки зору. Чи навпаки, практика, необхідність та доцільність сьогоднішні повинні серйозно впливати і впливають на майбутні пошукові теоретичні моделі. Крім того, на наш погляд, вчені інколи захоплюючись певними науковими

<sup>1</sup> Палієнко Н.И. Учение о существе права и правовой связанности государства. – Харьков: Типография и литорграфия М. Зильберберга, 1908. – С. 4 (343 с.)

<sup>2</sup> Там само. – С. 5.

<sup>3</sup> Там само. – С. 7.

категоріями, поняттями, принципами, досліджують їх дещо відірвано одне від одного, не в системі, не в сукупності з іншими, досить часто первинними, а не похідними правовими конструкціями. Таким чином, пропонуємо серед першочергових, так званих “прологових” кроків до аналізу вельми необхідної і важливої проблематики, пов’язаної з праворозумінням, зупинитися власне, на тому, що вкладається в зміст права, як визначається ця категорія в сучасній юридичній науці сьогодні, яким є саме сутнісне “наповнення” цієї категорії тощо.

Не заперечуючи абстрактного рівня і характеру права, маємо на меті окреслити такі його характеристики, що допоможуть усвідомити й зрозуміти, що це явище соціальної дійсності не може розглядатися як стале, незмінне або як формат, однаковий для доволі різних держав, правових розвитків в різних хронологічних межах. Принагідно хочемо висловити повагу творчості М.І. Палієнка, його спробам внести ясність і порозуміння в доволі складному теоретичному питанні, які не втратили сьогодні ні своєї теоретичної сутності, ні практичної значущості.

**Анастасія Іванова,**

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу історико-правових досліджень  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
anaiv@ukr.net

## **ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ У КОНТЕКСТІ ПРАЦЬ М. І. ПАЛІЄНКА**

**В**ідлік формування сучасної адміністративної юстиції в Україні починають з прийняття Конституції 1996 р. та проголошення принципу спеціалізації судів, а деякі дослідники і раніше – з Декларації про державний суверенітет України 16 липня 1990 р. і Акта проголошення незалежності України 24 серпня 1991 р.<sup>1</sup> І лише у 2005 р. зрештою утворилася система спеціалізованих адміністративних судів та прийнято Кодекс адміністративного судочинства. Отже, інститут адміністративної юстиції в Україні є доволі молодим. Водночас, виокремлення адміністративної юстиції було передбачено вже у конституційних актах та проектах початку ХХ ст., зокрема йдеться про Конституцію УНР 1918 р., Гетьманські конституційні акти 1918 р., конституційні проекти Директорії тощо. Безумовною передумовою впровадження інституту адміністративної юстиції став розвиток інституту у західній конституційній науці та практиці, а також у вітчизняній правовій думці. Адже у Російській імперії, на досвід якої спиралися українські державотворці, повноцінна адміністративна юстиція на той момент ще не сформувалася.

<sup>1</sup> *Гриценко І. С.* Історичні передумови запровадження адміністративної юстиції: Українська традиція // Адміністративне право і процес. Науково-практичний журнал – 2013. – № 3. – С. 107.

Найвідомішими прихильниками та розробниками цього напрямку стали в Російській імперії – М. М. Коркунов, на українських теренах – М. О. Куплеваський. Менш відомими залишаються досліді<sup>1</sup> Миколи Івановича Палієнка<sup>2</sup>. Можливо через те, що це ранні роботи вченого, опубліковані в “Университетских известиях” як пробні лекції магістранта.

Утім загдані розвідки містять ґрунтовний аналіз історії становлення та впровадження адміністративної юстиції в західних державах, а також прогресивні рекомендації щодо необхідності його впровадження в Російській імперії, а отже лише тим заслуговують на нашу увагу.

Дослідники адміністративної юстиції зазначають, що полеміка щодо його змісту продовжується і сьогодні. Питання, що становить завдання та юрисдикцію адміністративної юстиції і нині вирішується в різних державах неоднаково. Наприклад, компетенційні спори між органами державної влади, а також між органами державної влади та органами місцевого самоврядування в Україні є прерогативою адміністративних судів<sup>3</sup>, а в деяких інших державах – спеціальних судових органів з конституційною юрисдикцією (Італія, Польща, Армения, РФ тощо).

Думається, що така ситуація виникла через недостатню теоретичну розробленість інституту адміністративної юстиції в Україні на яку нарікають і сучасні адміністративісти, та через певну трансформацію розуміння сутності адміністративної юстиції загалом.

Спробуємо прокоментувати певні настанови, які знайшли втілення у адміністративному законодавстві України, з позицій дореволюційної концепції адміністративної юстиції.

По-перше варто відмітити концептуальну різницю у розумінні контролю над органами виконавчої влади. Так, сучасні дослідники відносять контроль за діяльністю виконавчої влади, а зокрема судовий контроль або адміністративну юстицію, до одного з елементів принципу розподілу влади, а саме до механізму

<sup>1</sup> *Н. И. Палиенко* Сущность административной юстиции и основные черты ее организации в европейских государствах. Пробная лекция магистранта Н. Палиенка, читання 5 ноября 1898 г. // Университетские известия. Год 38, № 12 декабрь. – Киев : Типография Императорского Университета Св. Владимира, 1898. – С. 1-14; *Н. И. Палиенко* Закон и административное распоряжение // Там само.

<sup>2</sup> Біографічний нарис і деякі роботи вченого опубліковані в: Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 4: Конституційне (державне право) / Упорядники: В. Ф. Погорілко, О. В. Батанов, В. Л. Федоренко, відп. редактор В. Ф. Погорілко. – К, 2003. – 600 с.

<sup>3</sup> Існує думка, що зважаючи на суспільну значущість компетенційних спорів, а також той факт, що повноваження вищих органів влади насамперед встановлені Конституцією України, – спори, які виникають в процесі реалізації їхньої владної управлінської діяльності, мають належати до юрисдикції Конституційного Суду України. Див наприклад *Ткаченко А. О.* Компетенційні спори: поняття та особливості / А. О. Ткаченко // Право і суспільство. – № 1. – 2010. – С. 68-73.

стримань і противаг. Також згодом до нього було долучено необхідність захисту прав людини від свавілля з боку влади<sup>1</sup>.

Однак, розвиток концепції адміністративної юстиції починався в ширшому контексті, а саме як обмеження держави правом загалом, (не лише правами людини), та із ідеї правомірності управління загалом, (притаманного концепту правової держави. Такий підхід сприяв виникненню не тільки державної, зокрема судової, але й політичної (найпоширеніша на той час форма – відповідальність міністрів перед парламентом) та суспільної форм контролю виконавчої влади.

Звернімося до першоджерел. Так, досліджуючи творчість німецьких вчених Р.Г.Ф. фон Гнейста та Л. фон Штейна М. І. Палієнко відмічав у них дуже широке розуміння завдань адміністративної юстиції. Так, Р.Г.Ф. фон Гнейст визначає завдання адміністративної юстиції через поняття “належної міри” (должная мера, *Rechtes Maß*), яку на переконання вченого має дотримуватися адміністрація в свої діяльності, зокрема і надаючи оцінку фактичним обставинам.

Контроль за адміністрацією (судовий чи адміністративний – це вже інші справа) головною метою та завданням має відновлення порушеного адміністрацією права (при цьому не лише суб’єктивного!).

Н. О. Куплеваский під адміністративною юстицією розумів вирішення спорів про право, що виникли між окремим особами фізичними чи юридичними та адміністрацією з приводу дій або вимог останньої в тих випадках, в яких адміністрація є представником державного авторитету (наприклад поліцейської, військової влади), а не представником держави власника, продавця, покупця і т. ін. Сюди ж учений відносив розв’язання спорів приватних осіб між собою, якщо оскаржується при цьому акт адміністрації; а також і компетенційні спори, а саме між державними установами щодо сфери їх діяльності та обсягу повноважень<sup>2</sup>.

М. І. Палієнко розумів предмет адміністративної юстиції вужче – як вирішення скарг на незаконні розпорядження органів управління щодо відносин публічного права з метою скасування цих розпоряджень. При цьому не має значення матимуть ці розпорядження загальний характер, або вони спрямовані на регулювання якого-небудь одного конкретного випадку, тобто будуть розпорядженнями в безпосередньому сенсі. Однак і він вважав принциповим моментом можливість відновлення саме об’єктивного, а не лише суб’єктивного права. Більше того, відносив до предмету адміністративної юстиції не лише розпорядження, що суперечать формальному змісту закону, а й такі, що суперечать його духу (думці).

Зміна праворозуміння з права як ідеї належного на право у сенсі прав та

<sup>1</sup> Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України // Авторитарні порядки І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда – К.: Факт, 2003. – С. 20.

<sup>2</sup> *Куплеваский Н. О.* Административная юстиция в западной Европе. I. Административная юстиция во Франции / проф. Николай Осипович Куплеваский // Записки Императорского Харьковского университета. 1879. – 1881. – Т. 1. – С. I–XXXII, 1–64, разд. паг.



свобод людини, призвело до того, що головним завданням сучасної адміністративної юстиції став захист права суб'єктивного. Це поширена думка в науковій літературі, яка знайшла відображення і в законодавстві. Так ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України завданням адміністративного судочинства визначає захист прав, свобод і інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ.

Таким чином, якщо виконавча влада порушує право – видає неправомірне розпорядження, що суперечить закону, але при цьому не порушує право конкретного суб'єкта публічно-владних відносин – оскаржити таке розпорядження у судовому порядку фактично неможливо. Адже суд не вважає це предметом публічно-правового спору. І слід погодитися, має на це законні підстави. До речі, таку думку підтверджує і позиція деяких сучасних адміністративістів, які погоджуються, що “публічно-правовий спір” не слід пов'язувати виключно із захистом суб'єктивних публічних прав<sup>1</sup>, та зазначають, що захист *об'єктивного* публічного права шляхом адміністративного позову може і має здійснюватися, щонайменше, в двох ситуаціях: а) у зв'язку зі спорами про законність нормативно-правових актів (спорами про абстрактне право); б) в зв'язку із вчиненням адміністративних проступків, що порушують правила поведінки і заборони в сфері публічного управління<sup>2</sup>.

Сьогодні у вітчизняному розумінні поняття адміністративної юстиції панує “процедурний” підхід, тобто адміністративна юстиція переважно розглядається як особливий порядок вирішення адміністративних спорів. Фактично на перший план виходить питання, яке в дореволюційній науці вважалося не менш важливими, але похідним.

Так, більшість дослідників як в Україні, так і Росії, виходить з того, що адміністративна юстиція передусім – це особливий порядок, процедура вирішення адміністративних спорів<sup>3</sup>. Таке визначення наведене і в Юридичній енциклопедії та співзвучне викладеному тут же вузькому розумінню юстиції як системи судових органів<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Педько Ю. С. Там само. – С. 240.

<sup>2</sup> А. Б. Зеленцов Теоретические проблемы административного иска // [Електронний ресурс] <http://web1.law.edu.ru/script/cntsource.asp?cntID=100091828>

<sup>3</sup> Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України // Автори-упорядники І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда – К.: Факт, 2003. – С. 20; Адміністративна юстиція // Юридична енциклопедія. – Т. 1: А–Г. – К.: Вид-во “Українська енциклопедія” ім. М. П. Бажана, 1998. – С. 47.

<sup>4</sup> Юстиція // Юридична енциклопедія. – Т. 6: Т–Я. – К.: Вид-во “Українська енциклопедія” ім. М. П. Бажана, 2004. – С. 499.

Очевидно із поступовим розвитком адміністративного права та законо-мірним перенесенням проблематики юрисдикції адміністративної юстиції до предмету адміністративного права ці питання чомусь опинилися на периферії інтересів дослідників. Про відсутність ґрунтовної теоретичної розроблення теоретичної конструкції публічно-правового, зокрема у адміністративного спору у вітчизняній науці адміністративного, конституційного та деяких інших галузей права зауважує Ю. С. Педько<sup>1</sup>. Таке становище учений пов'язує з відсутністю будь-якої доктринальної визначеності серед учених щодо його поняття, змісту, видів тощо. А саме ця конструкція є наріжним каменем у визначенні юрисдикції адміністративних судів, його основних завдань.

Дослідники неоднаково визначають коло суб'єктів, які уповноважені вирішувати ці спори. Загалом виокремлюють чотири підходи до правового і організаційного оформлення захисту суб'єктивних прав громадян: адміністративний (Франція, Італія), загальносудовий (Росія), квазісудовий (Великобританія, США), адміністративно-судовий (Німеччина, Україна)<sup>2</sup>.

У цьому питанні М. І. Палиєнко підтримував Н. О. Куплеваского у тому, що і не має бути єдиної моделі організації адміністративних судів. Адже така організація тісно пов'язана із загальними політичними умовами, а також з особливостями форми держави кожної держави. Наприклад, «там де адміністрація могутня і централізована, виокремлення адміністративної юстиції від адміністрації має навіть більше значення у порівнянні з Англією та її широким самоврядуванням... В Росії, де адміністрація помітно могутніша, ніж у Франції, а контроль над управлінням слабкий, належна організація адміністративної юстиції – справа високої важливості»<sup>3</sup>.

На жаль, обмежений обсяг розглянути ці питання докладніше, але важливо відмітити, що у пробних лекціях Миколи Івановича намітились основні погляди, які згодом вчений розвинув у роботах про правову зв'язаність держави, децентралізацію влади та поширення місцевого самоврядування. Ідеї, викладені у його роботах, багато в чому є осмисленням і продовженням концептів, які розробляли Р. Г. Ф. фон Гнейст та Л. фон Штейн. Про це зокрема свідчить спорідненість наукової тематики, неодноразове посилення на роботи вчених, схильність до ідей децентралізації влади та необхідності впровадження адміністративної юстиції тощо<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Педько Ю. С. Публічно-правовий спір: питання сутності та змісту // *Правова держава*. – К., 2009. – Вип. 20. – С. 232-241.

<sup>2</sup> Фролов С. В. Становление института административной юстиции в дореволюционной России : автореферат дис. ... кандидата юридических наук / Фролов, Сергей Владимирович: 12.00.01 / Нижегород. акад. МВД России. - Нижний Новгород, 2005. – 27 с.

<sup>3</sup> Н. И. Палиенко Сущность административной юстиции и основные черты ее организации в европейских государствах. Пробная лекция магистранта Н. Палиенко, читання 5 ноября 1898 г. // *Университетские известия*. Год 38, № 12 декабрь. – Киев : Типография Императорского Университета Св. Владимира, 1898. – С. 1-14.

<sup>4</sup> Палиенко Н. И. Указ. соч.; Палиенко Н. И. Областная Автономия и Федерация / М. И.

Таким чином безумовна заслуга дореволюційної правової науки у побудові такого концепту адміністративної юстиції, що передбачав захист не тільки суб'єктивного, але й об'єктивного публічного права.

Сьогодні домінує розуміння адміністративної юстиції як можливості захисту лише своїх суб'єктивних публічних прав. Водночас, таке звуження розуміння цілей та завдань адміністративної юстиції позбавляє права, наприклад, оскаржити неправомірні нормативно-правові та ненормативні акти органів вищої та центральної виконавчої влади, якими керуються як нормами прямої дії їх органи на місцях. Зрештою це призводить до численних правових колізій та порушень суб'єктивних і прав фізичних та юридичних осіб.

Сподіваємось, що напрям для наукових пошуків у цій сфері може дати звернення до досвіду вітчизняних дореволюційних науковців, зокрема до досліджень історії адміністративної юстиції М. І. Палієнком, а також вихід за межі суто інструменталістського (функціонального) розуміння сутності адміністративної юстиції.

**Людмила Міхневич,**

к.ю.н., доцент, докторант кафедри історії права та держави  
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка  
michnevisch@ukr.net

## ПОГЛЯДИ М. І. ПАЛІЄНКА НА ПРОБЛЕМИ СУВЕРЕНІТЕТУ

**П**оняття суверенітету належить до числа класичних правових проблем, які залишаються завжди актуальними. Зауважимо, що розуміння суверенітету не було сталим, з розвитком юридичної науки постійно змінювалося, формуючи окремі теорії та вчення. Тривалий час предметом досліджень були: сутність та зміст суверенітету, його носії та межі, юридичний характер. Не менш важливими видаються розробки питань “подільності суверенітету”, визначення суверенітету як відмінної та необхідної ознаки держави тощо.

До з'ясування цих проблем певною мірою долучалися й українські учені-правознавці, серед яких варті уваги погляди видатного представника правової думки кінця ХІХ першої половини ХХ ст. Миколи Івановича Палієнка.

Зауважимо, що його наукова спадщина порівняно невелика, нараховує трохи більше 60 робіт. Однак, як учений-конституціоналіст М. І. Палієнко став відомим ще в дореволюційну добу. Він розробляв юридичне поняття держави, вивчав питання автономії і федерації, проблеми форм правління, доктрину

---

Палієнко ; Харьк. о-во грамотности. — Харьковъ : Тип. М. Х. Сергѣева, 1917. — 16 с.; *Палиенко Н. И.* Правовое государство и конституционализм / Н. Палиенко // Вѣстникъ Права : журн. Юрид. о-ва при Императ. С.-Петрерб. ун-те. — 1906. — № 1. — С. 127–163. *Палиенко Н. И.* Учение о существѣ права и правовой связанности государства / Н. И. Палиенко. — Харьков : Тип. и Литогр. М. Зильбербергъ и С-вья, 1908. — 342 с.

правової держави та конституціоналізму, сутність адміністративної юстиції та її основні риси. Вагомим доробком правової думки стали загальнотеоретичні праці вченого, присвячені теоріям та поняттю права, предмету та завданням енциклопедії права, сутності права та правовій зв'язаності держави.

У радянський час погляди М. І. Палієнка зазнали певних змін. Він переродити вважався на нові методологічні засади та продовжив досліджувати конституційне право, акцентуючи увагу на вивченні проблем радянської держави і права. Вчений активно долучився до нормотворчої діяльності, зокрема брав участь у розробці проекту Конституції УСРР 1929 р.

Втім на особливу увагу заслуговує його концепція суверенітету. Ґрунтовну працю “Суверенітет. Історичний розвиток ідеї суверенітету та її правове значення” (Ярославль, 1903)<sup>1</sup>, що стала його магістерською дисертацією, М. І. Палієнко присвятив еволюції ідеї суверенітету. Він дослідив розуміння суверенітету з часів античності в різних типах і формах держави. Ця робота заслужено вважається визначним здобутком у галузі державотворення та є “енциклопедією різноманітних проявів суверенітету”<sup>2</sup>. Доктрині народного суверенітету він присвятив окрему статтю<sup>3</sup>. А 1829 р. вчений опублікував брошуру “Проблема суверенітету сучасної держави”, з новими ідеями про тогочасні теорії суверенітету<sup>4</sup>. Зауважимо, що в цій праці вчений, виклавши власну незалежну точку зору на питання суверенітету, дотримався офіційної установки – використав ідеї класової теорії права.

М. І. Палієнко дослідив найрізноманітніші теорії суверенітету, акцентуючи увагу на вченні Ж. Бодена. На його думку, вся історія суверенітету – це боротьба двох концепцій: суверенітету як “надправної абсолютної влади” і як – правної, тобто суверенної у формах і межах права<sup>5</sup>. Він стояв на позиціях представників конституційної правової держави, які відкидали “абсолютність влади” як ознаку суверенітету. Власне під суверенітетом він розумів певний стан зверхності та незалежності державної влади. Тобто однією із важливих ознак суверенітету вважав не абсолютну, а найвищу владу, яка визначена і обмежена правом в межах державної території. Відтак вчений був переконаний, що не існувало і не існує абсолютного суверенітету, адже допускається обмеження державної влади певними внутрішніми законами та міжнародним правом. Іншою важливою ознакою суверенітету він визнавав незалежність держави. Важливо, що

<sup>1</sup> Палиенко Н. И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. – Ярославль: Тип. Губерн. Правления, 1903. – 567 с.

<sup>2</sup> Егоров С. А Ярославская юридическая школа. Анализ научно-педагогического опыта Демидовского лицея: автореф. дис. на соискание степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01. – М., 2009. – С. 25.

<sup>3</sup> Палиенко Н. И. Новая доктрина народного суверенитета во французском государствоведении // Журнал Министерства юстиции. – 1913. - № 1. – С. 149-183; № 2. – С. 93-124.

<sup>4</sup> Палієнко М.І. Проблема суверенітету сучасної держави. – Х.: Юрид. вид-во НКЮ УРСР, 1929. – 39 с.

<sup>5</sup> Там само. – С. 7.

М. І. Палієнко розмежовував поняття “незалежність держави” та “державна незалежність”, і вважав, що лише повний суверенітет держави варто розуміти як незалежність держави<sup>1</sup>.

Вчений одним із перших у вітчизняній науці виступив проти теорії “подільності суверенітету”, вважаючи що “не можна відчужувати ні однієї частини суверенітету, це означало би дробити суверенітет, а суверенітет за власною своєю якістю – є неподільний”<sup>2</sup>. Він також стверджував, що не можна розділяти поняття внутрішнього та зовнішнього суверенітету, адже ідея зовнішньої незалежності держави, її самостійності відносно таких же самостійних держав, є логічним наслідком наявності вищої державної влади<sup>3</sup>.

Визначаючи відмінні ознаки держави, М. І. Палієнко, слідом за Г. Еллінеком, вважав первісність або недеделегованість державної влади та право держави самостійно утворювати свою конституцію і визначати в ній своє панування ознакою сучасної держави. Наявність такої ознаки, на його думку, вказує на певну самостійність влади, а найвища ступінь самостійності держави і є суверенітет. Відтак найвиразніша відмінна ознака держави – це суверенітет. Однак М. І. Палієнко не вважав суверенітет необхідною ознакою держави<sup>4</sup>.

Особливо, на наш погляд, варті уваги думки правознавця стосовно подальшої долі суверенітету, які є досить актуальними і для сьогодення. З огляду на тогочасний політичний стан та критику ідеї державного суверенітету виникли наукові теорії цілковитого заперечення суверенітету. До речі, вони досить тісно переплітаються з сучасною дискусією про “розмивання” суверенітету.

Прихильники ідеї зникнення суверенітету пов'язували її із теорією примату міжнародно-правової організації (союзу). Тогочасний стан міжнародних відносин, на їх думку, “являв собою таку міцну взаємозалежність держав та їх спільну підпорядкованість міжнародному правопорядку”, що суверенітет держав цілковито зникне чи відіме<sup>5</sup>. Проте, М. І. Палієнко стверджував, що утворення складних держав-союзів та розмежування компетенції між союзною владою і владою держав-учасниць союзу не позбавляє їх суверенітету (тобто найвищої влади на своїй території)<sup>6</sup>. Водночас не порушує державного суверенітету й участь держави в міжнародних зносинах, застосування нею норм міжнародного права та додержання принципів цього права, оскільки держава таким чином перебуває лише в товаристві рівноправних з нею, а не пануючих

<sup>1</sup> Там само. – С. 8.

<sup>2</sup> Палиенко Н. И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. – Ярославль: Тип. Губерн. Правления, 1903. – С. 514.

<sup>3</sup> Палієнко М.І. Проблема суверенітету сучасної держави. – Х.: Юрид. вид-во НКЮ УРСР, 1929. – С. 13.

<sup>4</sup> Там само. – С. 36-37.

<sup>5</sup> Там само. – С. 18.

<sup>6</sup> Там само. – С. 26.

над нею держав<sup>1</sup>. Вчений визнавав й тезу, що суверенітет допускає існування над державою вищої системи норм, тобто норм міжнародного права, які для суверенної держави діють і як визнане нею право, і як складова частина власного права, і як наддержавне (міжнародне) право<sup>2</sup>.

Отже, М. І. Палієнко заперечував ідею повного зникнення суверенітету. Адже поступова втрата суверенітету слабкими державами, на його думку, приведе до зосередження цього суверенітету у невеликій кількості сильних держав. Але водночас, в результаті національної боротьби пригноблених країн за державну самостійність відбувається процес формування нових суверенних держав. І цей процес є постійним. І, навіть, якби виникла така ситуація і всі держави були охоплені єдиною міжнародною організацією (складною державою), яка б позбавила їх права і можливості здійснювати владу на своїх територіях, тобто позбавила їх суверенітету, то це б не означало зникнення суверенітету взагалі. Оскільки суверенітет цих окремих державах перейшов би одній складній державі. А відтак, стверджував вчений, “суверенітет як явище соціально-політичного життя буде існувати доки існуватиме держава. Одмирання держави буде одмиранням суверенітету”<sup>3</sup>.

Зауважимо, що для сучасних політико-правових досліджень питання про долю суверенітету, як і майже сто років тому, стало одним із найактуальніших. Глобалізаційні процеси сучасного світу привели до того, що суверенітет національних держав зазнає, з одного боку, потужного впливу із зовні від суб’єктів глобалізаційної політики (транснаціональних компаній, міжнародних організацій та союзів держав), а з іншого – тиску із середини, через посилення тенденцій більшої автономії національних, релігійних та інших меншин.

Думки сучасних вчених щодо долі суверенітету розділилися. Але їх можна умовно об’єднати у дві групи: одні вважають, що під тиском глобалізації суверенні держави втрачатимуть свої функції щодо управління соціальними та політичними процесами; інші – що суверенні держави залишаться головними гравцями на міжнародній арені, а сформована міжнародна структура не зазнає змін<sup>4</sup>. Отже сьогодні, як і в минулому, про збереження або зникнення суверенітету та суверенних національних держав точаться гострі дискусії.

І врешті, слід визнати, що проблеми, які піднімав у своїх працях М. І. Палієнко ще в першій половині ХХ ст. і нині залишаються актуальними та потребують ґрунтовних досліджень.

<sup>1</sup> Там само. – С. 27.

<sup>2</sup> Там само. – С. 28.

<sup>3</sup> Там само. – С. 35.

<sup>4</sup> Кресіна І.О. Національний суверенітет – сутнісна характеристика сучасної держави і влади // Держава і право суверенної України: проблеми теорії і практики: Матеріали наукової конференції до 20-ї річниці незалежності України (Київ, 21 червня 2011 р.) / За ред. академіка НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: Видавництво “Юридична думка”, 2011. – С. 155.

---

---

# ВИБРАНІ ПРАЦІ МИКОЛИ ПАЛІЄНКА

## ОБЛАСТНАЯ АВТОНОМИЯ И ФЕДЕРАЦИЯ<sup>1</sup>

(упорядник О. Малишев)<sup>2</sup>

Одним из наиболее важных вопросов государственного преобразования России является вопрос о том, как должно быть организовано управление в различных частях, областях государства.

Одни думают, что нужно установить в России широкое и свободное местное самоуправление, другие считают, что нужно дать некоторым областям России также автономию, а третьи находят более правильным установить в России федеративный строй, превратить Россию в союзное государство, в федерацию. Нам нужно разобраться в том, что такое самоуправление, что такое областная или провинциальная автономия, и что такое федерация, потому что каждая из этих организаций имеет свою особую природу; нельзя смешивать автономное устройство части государства с федеративным и областную автономию нужно отличать от местного самоуправления. Прежде чем мы перейдем к этому вопросу, прежде чем выясним, что такое автономия, и что такое федерация, нужно сказать несколько слов о том, что такое государство вообще. Под государством понимают, обыкновенно, занимающее известное пространство земли, население, народ, который организован и объединен в союз общим правопорядком и самопроизводной властью общего и принудительного характера так, что этой власти должны в самых разнообразных отношениях подчиняться все, независимо от того, желают они этого или нет. Но принудительную власть имеет не только государство, а имеют ее, например, и городские и земские областные союзы. Они тоже имеют определенную принудительную власть, издают принудительные обязательные распоряжения. Чем же власть государственная, чем само государство отличается от других союзов, которые тоже имеют принудительную в своих примерах власть? Отличается власть государственная, или другими словами само государство по власти, от таких союзов тем, что власть государственная, есть власть независимая от другой власти, и даже, если в известных

---

<sup>1</sup> Друкуються за виданням: *Палиєнко Н. И.* Областная автономия и федерация. — Харьковское общество грамотности. Лекции политико-экономических курсов. — Харьков.: Тип. М. Х. Сергеева, 1917. — 16 с.

<sup>2</sup> Олександр Малишев — к.ю.н., науковий співробітник відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

отношениях и подчинена власти другого союза, государства, то все же всегда она есть власть самопроизводная, так как не истекает от другой власти. Государство само образует свою власть, она основывается на его собственном праве, а власть областей, провинций, городов, это не их самопроизводная власть, а власть установленная законами государства, которое дает ее им в известных пределах: “Вы имеете право делать то-то, дальше этого вы идти не можете. Вам предоставляется право власти, управления с тем, чтобы не нарушали общих государственных законов, прав других лиц и союзов, тех законов, которые устанавливают вашу организацию, ваше самоуправление, во всем же остальном вы свободны”. Городам, земствам и сельским обществам дано государственной властью право издавать по определенным делам распоряжения и принуждать к исполнению этих распоряжений тех, кто не пожелает их исполнить. Таким образом власть, данная государством известным городам, областям, сельским обществам, есть власть по уполномочию, власть данная им государством. Следовательно, власть государственная отличается от всех прочих властей тем, что государственная власть есть на собственном праве основанная, самопроизводная, власть, а не власть по уполномочию. Государственная власть действует в трех различных направлениях. Власть государственная, прежде всего, издает высшие для всех в государстве обязательные правила или законы, которым должны подчиняться и все учреждения, все должностные лица и все граждане. Для всех закон должен иметь равную силу. Эта власть называется законодательной властью. Затем есть другая власть – власть правительственная. Власть, которая существует для того, чтобы на основании законов и в исполнение их управлять государством, осуществлять различные задачи государства административные, хозяйственные, культурные, экономические и т. д. Путем своих распоряжений и действий, но с одним условием, чтобы все эти распоряжения и действия административной власти, или еще иначе правительственной власти, соответствовали законам. Административные, правительственные органы, начиная от министра и кончая низшими должностными лицами, не имеют права действовать так, чтобы их действия противоречили законам. Они должны, прежде всего, исполнять законы. Закон их может даже уполномочить в известных случаях действовать весьма самостоятельно, но с одним условием, чтобы их распоряжения не противоречили бы закону. Власть административная, следовательно, есть власть подзаконная. Она может издавать только административные распоряжения в исполнение законов или же на основании тех полномочий, которые предоставляет ей закон. И, наконец, существует третья власть государственная, которая называется судебной властью. Она состоит в том, что государственные учреждения, государственная власть в лице своих особых учреждений – судов судит, разбирает споры о праве и защищает право, устанавливает виновность нарушителей закона и применяет к ним известные меры взыскания, наказания. Следовательно, власть судебная является тоже властью подзаконной. И вот, если мы рассмотрим, как власть государства распределя-



ется от центра к частям государства, мы увидим, что были такие порядки, когда вся административная власть в государстве была стянута в центр, в столицу, в высшие органы государственного управления. Все распоряжения даже по делам местным и часто неважным давались только из столицы, шли от министров. Все местные учреждения должны были только применять и исполнять все то, что там наверху в центре решалось и приказывалось. Была такая централизация власти во Франции до великой французской революции 1789 года и долгое время после революции. Конечно, при таком положении, когда вся решающая власть по делам административным сосредоточена наверху, в центре, представляет, особенно в большом государстве, вредное, громадное и тяжелое неудобство для всего населения, именно потому, что ни правительственные агенты, ни местное население сами не могут решить ни одного вопроса, а должны ожидать приказаний из столицы. Центральной властью дела задерживаются, она не может хорошо знать, что именно на местах требуется и как нужно поступить. Такое управление, конечно, всегда имело бедственные последствия для страны, и вот мы видим, что даже при существовании неограниченной монархии в России правительство должно было предоставить большую или меньшую самостоятельность своим представителям власти на местах. Мы все знаем, что у нас в России при старом режиме эта чисто правительственная децентрализация власти была довольно велика. Например, у нас губернаторы и генерал-губернаторы, в особенности, в отдаленных областях имели очень большую степень власти: им был дан целый ряд больших полномочий, когда они могли совершенно самостоятельно действовать, не испрашивая указаний столичных властей.

### **Самоуправление**

Но существует и другой вид децентрализации, когда власть административная на месте в более или менее в значительной степени передается не чиновникам правительства, но его агентам, не губернаторам, а самому местному населению, населению области, города, села. Общественным местным самоуправлением и называется такое управление, когда местному населению предоставляется право самостоятельно ведать известные задачи государственного управления на местах силами самого местного населения посредством своих выборных лиц и под контролем правительства в отношении законности действий органов местного самоуправления. Дело образования, дело дорожное, дело санитарное, дело хозяйственное и т. д., даже полицию и суд государство может передать местному населению и его выборным лицам. Государство как бы говорит: “Вы будете сами самостоятельно заведывать такими-то делами на основании данного вам устава или так, как найдете полезным и целесообразным, но только под одним условием! Вам передается власть административная в определенных пределах и объеме, следовательно, вам не предоставляется права издавать собственные законы, это принадлежит власти верховной, го-

сударственной, а закон вам предоставляет в известных пределах ведать лишь местные, административные дела посредством своих выборных лиц и путем самообложения, не нарушая прав третьих лиц, не нарушая права других союзов и законов, за этим будет следить правительство”.

Самоуправление может быть более или менее широким и свободным, смотря по тому насколько широкий круг дел подлежит общественному самоуправлению и какова степень вмешательства правительства в его самоуправление. Наиболее широкий и свободный тип местного самоуправления установился в Англии и Америке. У нас же в России, несмотря на то, что у нас земствам и городам предоставлялся при старом порядке довольно широкий круг дел, самоуправление было весьма ограничено, так как и земское и городское самоуправление обладали весьма незначительной степенью самостоятельности, администрация не только следила за законностью их действий, но и за их целесообразностью, подчиняла их своей опеке, и ей принадлежало право утверждать выборных земства и города. Нужда в широком самоуправлении у нас насущная, потому что при таком самоуправлении лучше удовлетворяются местные нужды и население учится управлять и понимать общественные и государственные дела на практике.

Англичане говорят, что их политическая свобода и мощь государства обязаны самоуправлению. Народ Англии сам собою управляет, в парламенте и на местах, начиная с низших дел и кончая самыми высшими. Но при самоуправлении местный общественный союз получает лишь право власти административной, но не законодательной, законов издавать он не может, имеет лишь подзаконную власть.

### **Областная автономия**

Но бывает и более широкая децентрализация государственной власти, когда в известных отношениях и пределах децентрализуется даже законодательство. Известным областям может быть, именно, предоставлено не только право самоуправления, т. е. право самостоятельного заведывания административными делами местности на основании закона, но им может быть предоставлено и большее, а именно целой области какого-нибудь государства, может быть, предоставлено государством по целому ряду дел издавать даже собственные законы, а не только административные распоряжения. Тогда по тем делам по которым местному населению данной области предоставляется право издавать законы через посредство собственного законодательного учреждения, общегосударственное законодательное учреждение, скажем Государственная Дума, издавать законов для этой области не может. Так, области может быть предоставлено право издавать законы, которыми будет в области организовано хозяйство, народное просвещение и даже вся административная деятельность. Местные законодательные учреждения называются сеймами, парламентами или как-нибудь иначе.

Слово “автономия” означает “самозаконодательство”. При областной автономии власть местного населения существенно расширяется. Но что же общего между автономной областью и самоуправлением и что же их отличает? Отличает их следующее. Части государства, города, общины, области, которым дано самоуправление, не имеют права издавать законы, а только могут издавать административные распоряжения и правительство следит за законностью их действий. А автономные области имеют право и законодательствовать. Они имеют не только подзаконную власть, но в своих пределах и известных отношениях имеют законодательную власть и область изъята из-под действия законов общегосударственных в этих пределах.

Общее между местным самоуправлением и областной автономией то, что и самоуправление и областная автономия даются государственной верховной властью, законами самого государства. Таким образом местное самоуправление и автономия даются свыше, источник власти самоуправляющегося и автономного союза лежит в верховной власти государства. В то время как государство имеет власть не по уполномочию от другой какой-либо власти, а собственную самопроизводную власть, собственную конституцию и законы, автономная область получает право законодательства по известным вопросам, в силу той конституции или устава, который дан ей государственной и законодательной властью и без ее согласия изменен не может быть.

Финляндия, например, имеет свою автономию и Финляндская конституция, устанавливающая эту автономию, не может быть изменена Финляндским Сеймом без согласия русской Верховной власти. Автономные области поэтому представляют собою не государство, а провинции, колонии, подчиненные части государства, поэтому их законы подлежат утверждению государственной властью и государственная власть имеет в автономной области своего представителя. Этот представитель называется наместником или генерал-губернатором или как-нибудь иначе, он является представителем центральной государственной власти и следит за деятельностью учреждений автономной области. Имеются различные виды автономий. Первый более узкий это — автономия австрийских областей, а другой самый широкий — автономия английских колоний — Австралии и Канады. Сначала рассмотрим автономию австрийских областей.

Австрия населена различными, часто враждующими, народностями, которые могут жить в одном государстве лишь при условии автономного строения их областей. Австрия состоит из 17-ти областей, каждая из этих областей в силу австрийской конституции имеет автономию; область имеет свое выборное представительное учреждение — ландтаг, который не только ведает делами самоуправления области, но и имеет право по известным вопросам издавать законы для области и по этим вопросам общегосударственное законодательное учреждение, Рейхсрат, законов издавать не может, если только об этом не просит сам ландтаг. Эти вопросы касаются организации местного хозяйства, осо-

бенно сельского хозяйства, благотворительных учреждений, имуществ области, в известном объеме дел общинных, школьных, церковных. Кроме того, ландтаг может устанавливать дополнительные к государственным налогам налоги для своих нужд. Таким образом автономия областей Австрии имеет ограниченный культурно-хозяйственный характер. По этим вопросам ландтаги Австрии издадут законы и эти законы, как и всякие другие австрийские законы, нуждаются в утверждении императора. Ландтаги имеют свои выборные исполнительные комитеты. Главным правительственным лицом в области является наместник, назначенный императором и имеющий в значительной степени право надзора над всем местным управлением. Таким образом видно, что автономные области Австрии связаны с государством как его провинции, ибо законы, издаваемые на местах, нуждаются в утверждении верховного государственного органа, а именно монарха, и с другой стороны эта общегосударственная власть имеет на местах своего представителя в лице наместника, который является высшим правительственным лицом в области и поддерживает общегосударственные интересы. Но есть автономии и более широкие, чем в Австрии. Это та автономия, которую с 1867 года имеет Канада, а с 1905 года – Австралия. И Канада и Австралия получили от Англии конституции, давшие им очень широкую автономию, причем отдельные части Австралии и Канады связаны по федеративной системе. Канада и Австралия имеют свои особые от Англии законодательные учреждения, парламенты, которые по всем делам, без исключения, имеют право издавать законы. Англия своими законами и распоряжениями в дела Канады и Австралии не вмешивается. Эти колонии имеют также свое собственное правительство, министерство, ответственное перед парламентом, свои суды и собственное войско.

Связь этих колоний с Англией поддерживается следующим образом: конституция, которую предоставила Англия Канаде и Австралии, может быть изменена только с согласия верховной английской власти. Во главе правительственной власти в Канаде и Австралии поставлены генерал-губернаторы, назначенные английским королем, фактически английским министерством. Генерал-губернатор является представителем Англии, верховной английской государственной власти. Генерал-губернатор назначает министров и увольняет, если они теряют доверие парламента. Кроме того, генерал-губернатору в Австралии и Канаде, как представителю английского монарха, принадлежит право утверждать законы, которые издает австралийский или Канадский парламент или отсылать их на утверждение монарха. Каждый закон, который издается парламентами этих автономных колоний, нуждается в утверждении английской государственной власти, иначе он не имеет силы. Даже если генерал-губернатор утверждает закон, то все-таки английская государственная власть, в лице монарха, имеет право в течение года после этого отказывать в одобрении этого закона и тем лишить его силы. Есть и еще одна связь между автономными колониями и Англией. Это то, что приговоры Австралийского и Канадского суда

могут быть обжалованы в высший суд Англии. Так поддерживается правовая связь Англии с ее автономными колониями, в остальном же вся внутренняя жизнь, вся законодательная, судебная деятельность, вся административная деятельность автономных колоний Канады и Австралии совершенно свободны. При этом в настоящее время генерал-губернаторы Австралии и Канады всегда утверждают законы, принятые Австралийским или Канадским парламентом. Австралия и Канада стали фактически совершенно самостоятельными, их министры съезжаются теперь периодически в Англию на конференции для обсуждения общих дел с английскими министрами. Но так как власть Канады и Австралии покоится на конституции, данной Англией, истекает от английской власти, Австралия и Канада не государства, но являются с точки зрения правовой ее автономными провинциями, колониями Великобритании. Из этих примеров видно, что автономная область может получить очень большую свободу, получить в свое заведывание очень широкий круг дел, но все же не образует государства, а остается юридически провинцией государства. Это видно из того, что центральная власть утверждает законы автономной области, имеет своего представителя, который оберегает ее интересы и является главой правительственной власти в области. При автономии областей, как и при местном самоуправлении, единство государства остается, так как части его не являются сами государствами. Автономия дается местным союзам в виду необходимости децентрализации власти или для удовлетворения потребности в национальном самоопределении народности, населяющей определенную область государства и нуждающейся в своеобразном устройстве своей жизни. Но существует и такой вид государства, состав которого образуется из государств, подчиняющихся союзной власти целого по ряду общих для всех них дел, но сохраняющих в прочем свою самостоятельность и государственность. Такое государство называется союзным или федеративным.

### **Федеративное или союзное государство**

Итак, федеративное государство в отличие от государства единого или простого является государством сложным, то есть государством, состоящим и образованным из государств. Еще у древних греков существовали федерации; существовали федеративные образования и позже у новых народов, но они не проявлялись в тех ярких формах, в которых проявляются современные федерации. В 1787 году образуется первая великая демократическая федерация в Северной Америке – Северо-Американские Соединенные Штаты. Как она образовалась? Англия имела свои колонии в Северной Америке. Эти колонии управлялись на основании уставов, конституций, которые им дала английская верховная власть. Но когда Англия повела такую политику вмешательства в дела колоний и обложения налогами, что колонии больше выдержать не могли, они восстали против владычества Англии, отделились от нее, и каждая из этих

колоний стала совершенно самостоятельным штатом, независимым или суверенным государством. Их было много, но они были малыми и каждый штат понимал, что его сил недостаточно для охраны собственными силами своей безопасности. Кроме того народы их чувствовали свое национальное единство. Они понимали, что у них есть общие задачи и дела, которые должны быть разрешаемы совместными силами. И вот для защиты своей внутренней безопасности и для осуществления общих задач совместными силами они решили объединиться в союз так, чтобы не потерять свою самостоятельность и независимость. Они послали делегатов на общий конгресс, который выработал форму союза, так называемые статьи конфедерации, установил общее союзное учреждение – конгресс, состоявший из делегатов от штатов; он должен был заведывать общими делами, а штаты должны были исполнять распоряжения конгресса, которые им передавались исполнительным комитетом. Этот союз покоился на договоре. Если какой-нибудь штат находил, что мера конгресса противоречит его интересам или нарушает соглашение, он считал себя вправе отказаться от подчинения этой мере и угрожал выходом из союза. Такой союз государств называется конфедерацией, т. е. соединением на договорных основах нескольких независимых государств ради общих дел и общего управления. Но печальный опыт показал всю слабость такого объединения и привел к сознанию необходимости более сильного и прочного союза, дабы избежать раздоров и распада союза, и вот штаты решили составить более слитное целое, новую форму союзного единства. Они решили перейти из конфедерации, из договорного соединения государств, при котором каждое государство сохраняло в конце концов свою независимость и могло отказаться от подчинения общей власти, в другую форму союзной жизни, решили образовать то, что называется федерацией, союзным государством. Американцы решили организовать основанный на законах, на общей союзной конституции, нерасторжимый союз с сильной общей властью, но при том таким образом, чтобы каждый штат все-таки не потерял права самоорганизации своего властвования, своей государственности, чтобы он не сделался подчиненной провинцией нового союзного политического целого. Все американские штаты послали в 1787 году своих представителей в учредительное собрание, для выработки новой формы союзного устройства. Когда союзная конституция была принята учредительным собранием, она была представлена на одобрение учредительных собраний отдельных штатов, те ее тоже приняли, и затем она уже была провозглашена не как договор, а как конституция, т. е. верховные основные законы американского народа в 1787 году. На основании ее все вошедшие в федерацию штаты не имели права отказаться от подчинения союзной конституции, союзной власти, и выйти из союза. Если бы штат не захотел подчиниться закону или распоряжению союзной власти, если бы он восстал, он считался бы бунтовщиком. Союз имеет право в этом случае принять меры, которые применяются к

бунтовщикам. Таким образом было образовано конфедеративное или союзное государство, с особой союзной законодательной, исполнительной и судебной властью. Законодательная власть была вручена конгрессу, состоящему из двух палат: палаты представителей и верхней палаты, которая называется сенатом. В палату представителей входят представители объединенного населения, население каждого штата избирает число представителей, соответственно числу лиц, пользующихся правом избирать в законодательное учреждение штата. Но нужно было дать особое представительство не только объединившемуся народу, но и отдельным государствам, штатам, составившим федерацию. Для этого организована вторая палата, верхняя, сенат. В то время как в палате представителей представлено все население союза, в сенат входят представители отдельных государств, т. е. от 45 штатов, по 2 сенатора от каждого. Исполнительная власть вручена президенту, который избирается на четыре года народом Соединенных Штатов путем косвенных выборов.

Союзная власть имеет право издавать законы и распоряжения по делам общим. Сюда входят иностранные дела, заведывание войсками и флотом, право объявления войны и заключение мира, почта и телеграф, монетное дело, торговля с иностранными государствами и торговля между отдельными государствами союза, налоги и пошлины для нужд союзной власти, займы... Для защиты союзных законов и разбирательства дел, входящих в ведение союзной власти, учреждены союзные суды. Законы отдельных государств или штатов в случае их противоречия законам союзной власти недействительны. Споры между отдельными государствами разрешаются союзными судами. За исключением дел, переданных союзной власти, государства, входящие в состав союза, сохраняют все прочие дела в своем ведении. Союзная власть следит за тем, чтобы отдельные штаты не отступали от республиканской формы правления и не вводили некоторых ограничений для граждан. Во всем же прочем отдельные государства федерации продолжают жить так, как они жили раньше, они могут свободно устраивать свои конституции и свое управление, как они хотят. Союзная власть контролирует соблюдение ими союзной конституции и законных распоряжений союзной власти. Штаты потеряли по целому ряду дел свою независимость, потеряли свой суверенитет, но все-таки сохранили собственную власть, остались государствами, а не сделались провинциями союзного государства. Они живут на основании собственных конституций и законов, подчиняясь однако, союзной конституции и союзной власти в пределах, указанных этой конституцией. Союзная же конституция может быть изменена в том случае, если союзное законодательное учреждение, конгресс, 2/3 голосов примет ее изменение и законодательные собрания  $\frac{3}{4}$  штатов одобряют это изменение. Таким образом, если бы даже  $\frac{1}{4}$  всех штатов была против этого изменения, все же они должны подчиниться постановлению союзной власти. Сходно образовалась федерация и в Швейцарии. Швейцарские государства, кантоны, часто

раздельно подпадавшие под иноземное владычество, понимали, что, как маленькие и слабые государства, раздельно они существовать не могут, им нужно объединиться для управления общими делами и защиты от внешней опасности. Они образовали сперва договорный союз – конфедерацию, как это было и в Америке. И вот произошло то, что произошло и в Америке. Так как конфедерация есть союз непрочный и слабый, в котором государства продолжают сохранять свою независимость, начались споры и разногласия, некоторые кантоны отделились от союза, образовали свой союз и возгорелась война между кантонами. Швейцарцы увидели, что так существовать дальше нельзя, что нужно создать более сильный и прочный союз, и вот кантоны делают то, что и американские штаты, объединяются в 1848 г. И еще более в 1874 г. По союзной конституции в федеративное государство. Отдельные кантоны (22) сохраняют свои государственные учреждения и конституции. Как прежде они были государствами, так они остались ими и теперь со своей собственной властью, но подчинились союзной власти по целому ряду дел, подчинились союзной конституции и контролю союзной власти. То же самое было и в Германии. Немецкие государства прошли такие же формы объединения. Сперва они объединились в союз договорного, конфедеративного характера, но увидели, что такой союз их мало удовлетворяет. Требовалось что-то более единое, более сплоченное. И в 1867 году была образована сперва под именем Северо-Германского союза федерация, союзное государство, из всех северных немецких государств, а потом в 1871 г., по присоединении к этому союзу и южных немецких государств, эта федерация получила название Германской империи. Но между Германской империей и Американской федерацией и Швейцарией существует различие. В то время как Соединенные Штаты и Швейцария являются республиканскими государствами, образовавшимися и состоявшими из республиканских демократических государств, Германская империя состоит из 25 государств, из которых в 22 монархический строй, и есть всего только три вольных города-республики: Гамбург, Бремен и Любек; при этом одна прусская монархия занимает большую часть Германской империи и является самым могучим членом федерации. Германская империя построена на принципе неравенства; Швейцария и Соединенные Штаты строили свою федерацию на принципе равенства. Так, в Германском союзном совете, который является верховным правительственным учреждением Германии, заседают представители от правительств отдельных немецких государств. Но Пруссии в этом Совете представлено 17 голосов, Баварии – 6 голосов, другим по 4, по 3, по 2 голоса, а большинству государств, именно небольшим, даже по одному голосу. Союзная конституция не может быть изменена, если в союзном Совете 14 голосов из 58 против изменения. Потому, если бы даже все остальные государства изъявили свое согласие на изменение и в союзном законодательном учреждении, в Рейхстаге, представители германского народа были бы за это изменение, прусское



правительство своими голосами в союзном Совете может всегда воспротивиться такому изменению. Представителем союза и исполнителем решений союзной власти является германский император; это звание принадлежит монарху Пруссии. Германским имперским министром и главным помощником императора является имперский канцлер, назначаемый императором. Императору принадлежит начальство над всеми имперскими должностными лицами верховное командование армией и флотом. Он должен наблюдать за исполнением всех союзных законов и распоряжений союзного Совета. Все эти и некоторые другие преимущества дают Пруссии первенство в союзе. Все же Германская империя является федеративным или союзным государством, так как она состоит и образована из государств. Все члены Германской империи, как Пруссия, Бавария, Вюртенберг и прочие являются государствами, а не провинциями Германии. Все они подчинялись союзной власти, но сохранили свою собственную, самопроизводную власть, не проистекающую от воли и власти объединяющего их союзного государства. Этим они отличаются от автономных областей, которые свою власть получают от конституции данной им высшей властью, помимо воли которой не могут изменять основы своего устройства автономные области. На примере демократических федераций Северной Америки и Швейцарии и недемократической Германии, мы видим, как образовались федерации. Что влекло население этих государств к созданию федерации? Влекло их к этому сознание своего единства и стремление к объединению ради большей мощи и лучшего обеспечения общих интересов; они шли к этому объединению последовательно, побуждаемые жизненною необходимостью, сперва в виде конфедерации, а потом федерации. Почему же они не сплотились в единое государство, как Франция, Россия, Англия? Потому, что хотя жизненные интересы их толкали все больше и больше к объединению, но это стремление к объединению должно было считаться с стремлением сохранить, по возможности, свою особую государственность. Исследователи утверждают, что в Америке и особенно в Швейцарии и Германской империи весь ход развития союзного государства направлен в сторону еще большего объединения государств под расширяющейся и усиливающейся союзною властью в ущерб самостоятельности частей. Рост общности жизни, экономической и политической солидарности государств, и потребность в сильной общей власти для разрешения сложных и трудных социальных задач современного государства влекут за собой усиление союзной власти и умаление самостоятельности частей федерации. Рассматривая таким образом развитие областной автономии и самоуправления с одной стороны, и развитие федерации с другой, мы увидим, что развитие автономии и самоуправления вызывались необходимостью дать более свободный строй провинциям государства в интересах децентрализации или национальных особенностей. Развитие федерации наоборот шло от совершенной самостоятельности отдельных государств к объединению их и ограничению

их самостоятельности. Так это было в самых прочных и известных федерациях в Швейцарии и в Германской империи. В этом отличие федеративного государства от государства с автономными областями.

Автономия это есть такое положение какой-нибудь самоуправляющейся области, провинции, в государстве, когда государство в силу своей верховной власти предоставляет ей право законодательства в известных пределах и в известных формах, право иметь свои собственные законодательные учреждения и таким образом расширяет политические права местного населения, его самоуправление. Автономные области остаются юридически своеобразно устроенной провинцией единого государства. Областная автономия государство не расчленяет на государства; она может со временем развиваться до государственности, но сама по себе автономия нового государства не создает и государство продолжает быть единым и простым. Отдельные области и народности у нас в России могут получить автономию, она может более или менее широка, но она не превратит такую область в государство. Федерация же есть особая форма союза государств, соединение ряда государств в союзное государство. Если бы, следовательно, единое государство, как, например, Россию, преобразовать в федерацию, это означало бы превращение ее частей в государства, создание в государствах новых государственных центров, ослабляющих и раздробляющих государственное единство России; дальнейшее развитие государственности грозило бы распадением России.

В таком государстве, как Россия, в котором никогда еще не существовало даже действительного широкого и свободного самоуправления и население малоопытно в делах управления; разумнее всего было бы ограничиться поэтому более скромными формами автономии, — автономией хозяйственно-культурного типа. Многие народности России стоят еще даже на весьма низкой ступени культуры. Весьма трудный вопрос представляет в России определение границ той или другой автономной области, поскольку сталкиваются притязания различных национальностей и на обширной равнине России века совместной жизни чрезвычайно перемешали различные народности в разных областях; это порождает тревожные споры о тех областях и границах, в которых представители отдельных народностей добиваются автономии, хотя бы с обеспечением национальных прав меньшинства, путем признания их языка, прав иметь собственные школы, собственное представительство в местном законодательном и административных учреждениях и т. д. При этом при удовлетворении политических требований народностей, населяющих Россию, необходимо согласовать, эти требования с жизненным интересом самосохранения и мощи общего для всех государства, с его исторически создавшимся великими общенародными жертвами единством.

## ПРОБЛЕМА СУВЕРЕНІТЕТУ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ<sup>1</sup>

(упорядник М. Молякко<sup>2</sup>)

### І. ПОНЯТТЯ СУВЕРЕНІТЕТУ ТА ЙОГО ВИЗНАЧЕННЯ.

З часу свого утворення поняття суверенітету зайняло центральне місце в розумінні держави та її влади. Суверенітет став одним із основних понять державного та міжнародного права, що на ньому ґрунтувалося розуміння правового обсягу та правових відносин державної влади. Суверенітет відіграв значну роль у політичному житті, як бойове гасло тих соціально-політичних сил, що, починаючи з кінця середньовіччя, боролися за своє панування. Звідси різні вчення про носія суверенітету, про суть і межі суверенітету та його правовий характер.

Від часу усталення цього поняття в розумінні безумовної зверхності та незалежності державної влади суверенітет вважали за відмінну властивість або ознаку держави. Лише з другої половини 19 в., в Німеччині, а за нею і в інших країнах, розвинулося й поширюється вчення про не суверенну державу, що мала до того лише поодиноких прихильників, як, наприклад, юриста 18 в. Неттельблятта. Але не суверенну державу все таки визнавали за деякий ухил від нормального типу держави, як організації суверенного панування, і багато вчених також і нині тримається того погляду, що суверенітет – необхідна ознака держави. Розвиток капіталізму та імперіалізму надзвичайно посилив вияви та обсяг державної влади. Цей розвиток, хоч і примусив держави до великої міри розвинути та поширити свої взаємини та викликав їх економічну взаємозалежність, але він, разом з тим також надзвичайно посилив суперечності між капіталістичними державами, протиставивши їх одна одній, як владні класові організації, що ведуть внутрішню класову боротьбу, а також і зовні – боротьбу за своє панування або за свою самостійність.

Якщо і всі згодні з тим, що суверенітет – це певний стан зверхності або верховенства державної влади, що в Європі його досягли національні держави, утворені з розвитком капіталізму на руїнах феодального політичного світу, то, здавалось би, за таких умов немає жодних підстав гадати, що у теперішній час характер державної влади так деградував або змінився, що неначе б то саме поняття суверенітету не має жодного ґрунту в пануванні держав сучасної доби. Проте, у західноєвропейській літературі державного та міжнародного права за останні часи значно поширилося вчення про повне зникнення суверенітету держав сучасної доби. У такому своєму твердженні зазначена течія в науці державного та особливо міжнародного права ґрунтується на певному і дуже, однобічному *розумінні* суверенітету. Отже, розглядаючи оту сучасну полеміку проти

<sup>1</sup> Друкується за виданням: *Палієнко М. І.* Проблема суверенітету сучасної держави. – Х.: Юрид. вид-во НКЮ УРСР, 1929. – 39 с.

<sup>2</sup> Михайло Молякко – аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

суверенітету, треба насамперед визначити саме поняття суверенітету, згадавши коротенько утворення та історичний розвиток його.

У цьому дослідженні нас цікавить питання, чи дійсно суверенітет держави став для сучасної доби анахронізмом і фікцією, що її треба усунути з наукового користування, чи дійсно розвиток державного життя призвів до такої істотної зміни характеру панування сучасних держав, їхньої зверхності та стану відносно інших держав, що всі вони стали підлеглими, а не суверенними організаціями. Звичайно, що суверенітет, як стан зверхності та незалежності влади, бо у тому, власне, й полягає значіння цього поняття, як певне соціально-політичне явище існував з того часу, як виникла сама держава. Поняття суверенітету до певної міри містилося в визначені Аристотелем держави – якнайбільшого панування (“Кюріотате архе”) і у визначенні в античній Римській Республіці влади державного народу Риму висловом “імперіум та величність Римського народу, але саме поняття суверенітету сформувалося чітко тоді, коли виникла боротьба державної влади та самої державності з ворожими їй силами. Зосередження верховних повноважень у центральній владі національної держави, підкорення їй різних феодалських панувань й самостійних корпорацій в країні, одсіч домаганням з боку імперської влади та Римських пап на верховне керівництво всіма, принаймні, християнськими країнами і, нарешті, встановлення в державі певного сталого й загального правопорядку, що його вимагав розвиток торгівлі й всієї економіки в країні, утворили ту зверхність і незалежність державної влади – суверенітет державної влади, що його надалі стали визнавати за необхідну та одмінну ознаку держави, як певної самостійної територіальної організації панування. Отже й поняття суверенітету складається й усталюється в тій великій соціальній та політичній боротьбі, що точилася на провесні західноєвропейського капіталізму в процесі утворення міцної, незалежної національної держави на руїнах феодалного режиму.

Безумовно, зверхність держави, що панує в своїй території, не визнаючи ані рівного собі, ані вищого над собою панування, це й був той стан влади, що його насамперед досягли Франція, Англія та незалежні італійські торговельні республіки, позбавившись залежності від Імперії та папства, й що легісти того часу визначили терміном “суверенітет” або “суверенітет повний чи досконалий”. Носіями цього суверенітету, що прийшов на зміну сеньйорального суверенітету або суверенітету середньовічних феодалських володарів, були французькі королі й влада італійських самостійних торговельних республік (Піза, Флоренція та ін.).

Коли ще в половині XIII століття, за визначенням юриста того часу Бома-нуара, кожний барон був сувереном у своїй баронії, а не тільки король, то далі з XV віку виключно державна влада в особі її носія короля або народу визнається суверенною.

Цей суверенітет означає найвищу в державі владу, якій усі підкоряються, але сама вона не має в державі ні рівної собі, ані вищої за себе. В 1576 році

французький публіцист та юрист Боден дає формулу цього суверенітету в своєму відомому творі “Шість книжок про державу”, але до поняття суверенітету він додає, як побачимо, ще значний додаток, а саме – елемент абсолютності, незв’язаності законами. Водночас Боден нерозривно зв’язує поняття суверенітету з поняттям держави і в 17 в. другий відомий французький юрист Луазо прямо визначає суверенітет, як ту форму, що окреслює буття держави, що суверенітет і держава є тотожні, і суверенітет означає той ступінь та час панування, коли держава встановлюється та усталюється. Так утворювалося основне розуміння суверенітету державної влади, як її зверхності та незалежності, й до цього Боден додає ще абсолютність влади. Ще в XII ст. юристи Болонської школи, натхнені ідеологією абсолютної влади імператорів стародавньої Римської імперії, пристосовують цю ідеологію до влади германських імператорів, як ніби наступників Римських імператорів. Таку ж ідею підтримують і імператори династії Гогенштауфенів. З другого боку, і римські папи також у своїй боротьбі за світову гегемонію над усією християнською людністю та над світською владою імператорів та королів, розвивають ідею абсолютної на землі влади римського папства і ця ідея знаходить собі належну розробку в працях таких філософів та публіцистів середньовіччя – Хоми Аквіната, Августина Тріумфа та ін. Папи доказують, що вони мають усю повноту й необмеженість влади на землі, як уповноважені й безпосередні заступники бога на землі. У боротьбі з рештками станових вільностей та привілеїв французькі королі та їхні легісти використовують цю ідею абсолютної влади для визначення влади короля. Висовують твердження, що французький король це імператор у своїх володіннях, а тому має таку саму владу, що її імператори та їхні прихильники вимагають для імператорів, тобто найвищу, незалежну та абсолютну.

Елемент абсолютизму в розумінні суверенітету з’явився додатковим, але не істотним елементом цього поняття.

Ставши суверенною, себто найвищою та незалежною владою в межах держави, влада ця, – її носії, домагалися ще і повної не обмеженості її правом та законами.

Але таке розуміння суверенітету, як абсолютної влади, могло лише відповідати пануванню абсолютних королів у своїй державі й не відповідало ані їхнім міжнародно-правовим обов’язкам, ані суверенітетові конституційної держави.

Розвиток деспотичного принципату в італійських республіках і абсолютної монархії у Франції викликав і відповідну концепцію суверенітету, як влади абсолютної, жодними законами не обмеженої. Макіавеллі в Італії і Ж. Боден у Франції є перші видатніші ідеологи такого розуміння суверенітету, а за ними низка публіцистів, філософів та вчених аж до наших днів додержуються такої концепції суверенітету, незалежно від того прихильно чи негативно ставляться вони до самого поняття суверенітету. І коли ще й в другій половині 16 в. осно-

вположник доктрини абсолютного суверенітету, Жан Боден, все ж припускав обмеження суверенної влади не тільки правилами релігії та законами природи й загальним міжнародним правом, але також й основними законами країни, що на них заснована сама державна влада (як то закони про наступництво престолу, про незайманість державного майна), то в наступному 17 в. Гоббес, а в 18 ст. Руссо розвинули доктрину абсолютного суверенітету, вільного від усяких правних обмежень. З другого боку, більшість публіцистів і зокрема вже сучасники Ж. Бодена – відомі французькі юристи Куяцій і Донелл, а в Німеччині Ульрих Цазій, Прукман, Іван Альгузій та інші публіцисти й юристи рішуче заперечували розуміння суверенітету, як абсолютної законами необмеженої влади<sup>1</sup>. Також заперечували це монархомахи 16 і 17 в., далі Губер, Лейбніц, Гроцій Пуфендорф. Вольф, Томазій та ін. філософи та публіцисти 17–18 в. і особливо енергійно заперечувала концепцію абсолютного суверенітету конституційна доктрина, зокрема конституціоналісти 19 в., починаючи з Бенжамена Констана, і далі вчення про правну державу. При тому посилалися так на об'єктивно правні, як і на суб'єктивно правні обмеження вищих органів влади в конституційній державі, а також і на обмеження держави міжнародним правом та договорами.

Звичайно, абсолютного суверенітету не було ні в становій монархії, де верховна влада держави, що зосереджувалася в особі монарха, була обмежена певними правами станів та станових зборів, і нема такого суверенітету й в конституційній державі буржуазних країн, оскільки державна влада збудована в ній за принципом розподілу функцій між різними органами влади, і жодний з вищих органів влади не має всієї повноти влади неформально кожний із них є підпорядкований конституції та законам. Ми бачимо в цих державах певне правове зобов'язання верховних органів державної влади об'єктивним порядком та суб'єктивними правами не тільки інших органів влади, але й громадян. Проте, не зважаючи на таку правну обмеженість влади, станові монархії і конституційні держави все ж є суверенні в своєму пануванні, коли не підпорядковані якій не будь іншій державі. Коли ж додержуватися того погляду, що право взагалі не зобов'язує або не обмежує держави, що верховна влада держави стоїть понад правом та законами й останні є лише її знаряддям або технічною нормою, то й в такому разі відпадають конче всі ті заперечення проти існування суверенітету, що намагаються довести, ніби державне та міжнародне право, що встановлюють певні зобов'язання державної влади, знищують суверенітет.

Навпаки, згідно з такою теорією правової необмеженості держави, існування *абсолютного* суверенітету треба визнати не тільки за факт минулого, але й за факт сучасного політичного життя.

Неточно визначає розуміння суверенітету в історії міжнародного права відомий знавець міжнародного права Політіс, кажучи, що поняття суверенітету,

<sup>1</sup> Див. також *Gierke. Johannes Althusius. 1880, стор. 153 і далі.*

яке на протязі трьох років панувало в науковому конструюванні міжнародного права, зазначало ніби “абсолютну й безконтрольну владу держави ставитися до своїх зовнішніх зносин так, як до своїх внутрішніх справ, за своїм розсудом, без жодних інших обмежень, крім добровільно визнаних державок”<sup>1</sup>. Адже ж ці обмеження й були правні обмеження, що зв’язували державу відносно інших.

Же сам засновник науки міжнародного права заперечував розуміння суверенітету, як необмеженої влади. Визначаючи суверенітет, як найвищу владу, що юридично не підлягає жодній людській владі, юридично цілком незалежну від іншої влади, Гуго Гроцій визнавав одначе підпорядкованість суверенної влади не тільки, так званому, натуральному праву, але й праву позитивному, *праву міжнародному*<sup>2</sup>.

Вся історія суверенітету показує постійну боротьбу двох концепцій суверенітету, як надправної абсолютної влади й як влади правної, тобто суверенної в формах й межах права.

Розвиток міжнародно-правних зносин й разом з тим встановлення різних форм міжнародно-правних залежностей держав і утворення з кінця XVIII століття федераційних об’єднань держав, висунули питання про вплив на суверенітет держав різних форм міжнародної залежності й про суверенітет членів федерацій.

З огляду на те, що від часів Бодена в правній та політичній доктрині панував погляд, що суверенітет є істотною приналежністю, необхідною ознакою держави, бажання визнати такі залежні політичні організації державами призводили до визнання їх суверенітету, але разом з тим примушені були визнавати цей суверенітет зменшеним, розділеним, або відносним – напівсуверенітетом.

Найпоширеніше вживання такої термінології ми знаходимо в літературі міжнародного права. Суверенітет же повний в міжнародному значенні розуміли та розуміють, як незалежність держави. До того ж складається і друге розуміння, т. зв., міжнародноправного суверенітету, що впливало із основного питання державної незалежності. А саме суб’єктами міжнародного права визнавали лише суверенні – незалежні держави, тому із цього суверенітету виводили рівноправність держав у міжнародному праві та їх міжнародноньоправну дієздатність. І в той час, коли в державному праві суверенітет стали ототожнювати з самою державною владою, з огляду на те, що суверенітет вважали за нерозривно зв’язаний з державою в міжнародному праві часто стали ототожнювати суверенітет з повною міжнародноправною дієздатністю держави, а визнання зменшеного суверенітету відповідно призводило до визнання наявності зменшеної обмеженої міжнародноправної дієздатності. Таке розуміння суверенітету ми

<sup>1</sup> N. Politis. Les nouvelles tendances du droit international 1927, ст. 18.

<sup>2</sup> Див. про це в моїй роботі “Суверенітет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение” 1903 г., стор. 101 і далі.

бачимо і в новішій правній літературі<sup>1</sup>. В той же час в міжнародноправних актах ми зустрічаємо і державноправне розуміння суверенітету, як зверхності державного панування. Так, арт. 32 Версальського договору зазначає, що “Німеччина визнає повний суверенітет Бельгії над усією спірною територією Морене”.

Зазначені побічні поняття суверенітету зменшеного, розділеного (порізного), відносного суверенітету та півсуверенітету, викликали в другій половині 19 століття рішуче заперечення. Насамперед, напередодні громадянської війни в Сполучених Штатах П. Америки американський сенатор Кальгун, а потім в Німеччині проф. Зейдель, аналізуючи правну природу федерації, доказували правильно, що поняття суверенітету, як найвищої в країні влади, логічно не припускає зменшення та обмеження її якою небудь іншою або вищою владою тому, що це неминуче призвело би до знищення самого суверенітету, як категорії найвищого.

Кальгун і Зейдель, визнаючи неможливість існування несuverенних держав, вважали, що Федерація не є держава, а є по суті лише сукупністю договірних суверенних держав, і цілком відкидали поняття союзної держави. Ці погляди на природу союзної держави були спростовані німецькою наукою державного права, що, починаючи з Георга Майера, обґрунтувала (особливо Лабанд і Єллінек) вчення про несuverенну державу. Останнім вченням було розірвано той необхідний зв'язок, що зв'язував поняття держави з поняттям суверенітету, як ознакою держави.

Нині погляди вчених щодо визнання суверенітету як необхідною ознакою державної влади поділились майже нарівно – на тих, що це визнають і що заперечують.

Більшість вчених визнає за носія, суб'єкта суверенної влади саму державу, як організацію панування, що в правні відносини вступає, як юридична особа. Але разом з тою абстрактною формою носія суверенітету вони визнають носіями верховної влади або монарха, або народ, або частину його, або той чи інший орган держави (парламент). Зокрема доктрину народного суверенітету, що визнає народ суб'єктом суверенної влади та джерелом повноважень всіх органів влади в державі, розвинули ще Марсілій Падуанський в 14 в., монарх омахи – 16 в. й напередодні Великої Французької Революції – Ж. Ж. Руссо, а за ним – діячі Великої Французької Революції.

Це розуміння народного суверенітету підтримує класична французька доктрина державного права і, зокрема, підтримував відомий французький вчений, Есмен. Розуміння суверенітету народу, лише як його права інвестувати уряд на здійснення останнім належного йому (урядові) права управління державою, спробував обґрунтувати французький вчений Геріу в своїй роботі “Народний суверенітет”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див., наприклад, *H. Gerber. Die Beschränkung der deutschen Souveränität nach Versailler Verträge. Berlin, 1927.*

<sup>2</sup> *Hauriou. La souveraineté nationale. 1912.*



Рішуче ж заперечував принцип народного суверенітету і суверенітет взагалі небіжчик проф. Дюгі в усіх своїх працях.

Звичайно, що з погляду вчення про класову природу держави абстрактним носієм або суб'єктом державної влади, а тому й суверенітету, є держава, як організація пануючого класу, конкретніше ж – сам пануючий клас, організований в державу<sup>1</sup>.

Щодо визначень суверенітету, то в філософській літературі найповніше визначення цього поняття дав Гегель, в своїх “Основах філософії права”<sup>2</sup> і це визначення значно вплинуло на німецьку доктрину до останньої чверті ХІХ віку в її вченні про державу й суверенітет. В ідеалістичному вченні Гегеля про державу остання з'являється, як дійсність субстанційної волі й ця воля цілком самовизначається й цілком суверенна, містить в собі момент останнього рішення (в особі монарха) і зводить все в державі до органічної єдності.

Єдність всіх моментів держави, всієї її влади та діяльності, й утворює внутрішній суверенітет держави.

Держава далі, за Гегелем, як цілком виключна й самобутня воля та єдність, як абсолютна влада на землі, є разом з тим цілком незалежною суверенною волею і в зовнішніх зносинах, тобто має й зовнішній суверенітет<sup>3</sup>.

Визначення суверенітету в новітній державно-правній та взагалі в юридичній літературі здебільшого виходить із вищенаведеного основного поняття суверенітету, як найвищої та незалежної державної влади, але при тому підкреслюється в визначеннях той чи інший бік цього поняття, зверхність або незалежність влади, або ту чи іншу окрему рису суверенної влади, часто-густо перебільшуючи її значіння. Так визначають суверенітет, як безконтрольність влади (Єллінек), повну невідповідальність влади (Політіс, Лансінг), право виключного самовизначення, або самовизначення виключно з власного права (Єллінек), повну міжнародну дієздатність, повну правну свободу, компетенцію компетенції (Гегель)...

Есмен визначає суверенітет, як владу, що не визнає над собою ані вищої влади, ані рівної в царині відносин, що їй підлягають. З внутрішнього боку, каже він, ця влада полягає в праві командувати над усіма особами, що знаходяться на території держави, з зовнішнього боку – в праві представляти націю і вступати в зносини з іншими народами.

Горіу, що в своєму творі “Про національний суверенітет” визначив цей су-

<sup>1</sup> Вияснення цього класового суб'єкта суверенітету за різних історичних періодів. Див. у спеціальному дослідженні *Магазинера* “Самодержавие народа. Опыт социально-политической конструкции суверенитета”.

<sup>2</sup> *Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts* § 275–279, 349.

<sup>3</sup> Критика цього ідеалістичного й абстрактного розуміння суверенітету Гегеля дана Марксом див. *Карл Маркс и Ф. Энгельс. Соч. под ред. Д. Рязанова*, том І-й, стр. 537–649, зокрема щодо суверенітету стор. 545 ст. “Критика философии государственного права Гегеля”.

веренітет, як право нації інвестувати уряд на здійснення останнім своїх повноважень на управління, в своєму творі “Принципи публичного права” визначає суверенітет, як найвищу владу, що в конституційній державі є примусова сила і компетенція компетенції або примус примусів<sup>1</sup>.

Лабанд визначив суверенітет, як панування виключно з власного права, як владу, що сама себе визначає і не одержує від жодної юридично обов’язкових для неї наказів<sup>2</sup>.

Це визначення суверенітету Лабандом визнаємо за таке, що найбільше відповідає суті суверенітету. Держава є організація класового панування. Державне панування юридично виявляється, за правильним визначенням Лабанда, в праві держави або її органів видавати обов’язкові накази і примушувати до їх виконання<sup>3</sup>. Отже суверенітет з правного боку виявляється, як незалежне від жодної влади верховне право держави або пануючого в ній класу наказувати всім і примушувати до виконання своїх наказів в межах свого територіального панування.

Проф. Гурвіч визначає суверенітет, як право на самовизначення. Але він прикладає суверенітет не тільки до держави, але й до нації, вказуючи, що “право нації на самовизначення і є її суверенітет”. “Держава, що увиходить до складу Радянського Союзу, не потребує для зберігання свого суверенітету більше того, що потрібно нації для зберігання свого суверенітету, права на самовизначення. Тому Союзна Конституція, гарантуючи Союзним Республікам право одностороннього виходу із Союзу, тим самим дає необхідний і достатній доказ їхнього суверенітету, як самовизначення нації”<sup>4</sup>. Проте, суверенітет, як показує саме слово, зазначає певний стан зверхності, панування, влади. Можна тому говорити про суверенітет держави, пануючого класу і навіть нації, зорганізованої в державу, але само по собі самовизначення нації до того моменту, як вона не зорганізувалася в незалежну державу, не є суверенітет, вона ні над ким не панує. Не може бути суверенітетом навіть і виключне самовизначення того, хто ні над ким не панує, тому що це є тільки воля, свобода, а не панування. При тому треба мати на увазі, що самовизначення нації не є вищий принцип в радянських державах, збудованих на принципі диктатури пролетаріату, де найвищим принципом є принцип класового самовизначення пролетаріату, що йому мусить підпорядкуватися і принцип національного самовизначення. Також проф. Коровін не згоджується з визначеннями суверенітету, що виходять із розуміння його, як найвищої незалежної влади тому, що, ніби, таке розуміння суверенітету “не відповідає в жодній мірі сучасному становищу держав, міжнародній дійсності, що характеризується взаємообмеженістю всіх і кожного за принципом, сформульо-

<sup>1</sup> Hauriou. Principes de droit public 11 éd. стор. 616.

<sup>2</sup> Laband. Das Staatsrecht d. deutschen Reiches, B. I. стор. 64 і далі.

<sup>3</sup> Laband. Das Staatsrecht d. deutschen Reiches, B. I. стор. 64 і далі.

<sup>4</sup> Гурвич. “Принципы автономизма и федерализма в советской системе”. 1924, стор. 73, Гурвич “Основы Советской Конституции”, стор. 122 і далі.

ваним Лорімером, міжзалежність прогресивних держав є необхідно поступова”. Коровін гадає, що правильне розуміння суверенітету те, що його розуміє, як самовизначення. За нашої історичної доби національних держав, суверенітет, на думку Коровіна, кінець кінцем зводиться до поняття “національного самовизначення”, тобто, зазначає Коровін, до можливо повної внутрішньої автономії кожного організованого народу і до можливо повної його незалежності<sup>1</sup>.

Але це не зовсім так, навіть коли ми візьмемо принцип самовизначення в найширшому його значінні, що знаходимо у В. І. Леніна. Самовизначення націй, зазначив В. І. Ленін, є “залишаючи на боці всякі юридичні дефініції, державне відокремлення нації від чужонаціональних-колективів, утворення самостійної національної держави, і право на самовизначення є ніщо інше, як право на державне існування... Самовизначення нації в програмі марксистів, зазначав далі Ленін, не може мати з історично-економічного погляду іншого значіння, крім політичного визначення, державної самостійності, утворення національної держави”<sup>2</sup>. Також і в програмі Комуністичного Інтернаціоналу, ухваленому VI Конгресом 1 вересня 1928 р. у розділі “Національне і колоніальне питання” право націй на повне самовизначення пояснюється як “самовизначення аж до державного відокремлення” (п. “а” цього розділу).

Маючи на увазі таке розуміння “самовизначення нації”, ми мусимо визнати, що лише таке повне самовизначення нації, що виявилось би в утворенні своєї цілком самостійної держави та в здійсненні незалежного панування утворило б і суверенітет, але саме по собі самовизначення нації не є суверенітет, а тільки її воля, свобода. Проф. Коровін сам зазначає, що, одмінно від капіталістичних держав, Радянський Союз, призначений виступати в ролі чемпіона доктрини “класичного” суверенітету, оскільки формальна замкненість служить йому юридичною бронєю, що обороняє його від тих факторів, що під їхнім тиском пересовуються межі капіталістичних держав, перероджуються їхні форми права; при таких умовах кожне обмеження суверенітету Союзу РСР стало би великою або малою перемогою капіталістичного світу<sup>3</sup>.

Але саме цей класичний суверенітет Радянського Союзу, що його зазначає проф. Коровін, і є дійсно суверенітет — зверхність та незалежність державної влади, панування Союзу РСР.

Деякі вчені, як, наприклад, Роген і Рем, заперечують пануючу в науці думку, що суверенітет у державно-правному значенні слова, як найвища державна влада, і міжнародному, як незалежність цієї влади, є одне і те ж поняття, чи, як зазначають Єллінек, Штенгель, Лефюр, Г. Мейер, Гейльборн, міжнародно-правний суверенітет є лише необхідний рефлекс державно-правного суверенітету, наслідком найвищої влади в державно-правному значенні. Роген і Рем

<sup>1</sup> Коровін. “Совр. международное право”, 1926 р. стор. 42.

<sup>2</sup> В. Ленін. Собр. соч. т. 19–25. О праве наций на самоопределение, стор. 91. Социалистическая революция и право наций на самоопределение, стор. 157.

<sup>3</sup> Коровін. Назв. твір, стор. 42.

розділяють одне поняття суверенітету на два: державно-правного і міжнародно-правного суверенітету. Рем спробував навіть довести в своєму загальному вченні про державу<sup>1</sup>, що по суті суверенітет є лише міжнародне правне поняття, що означає лише незалежність держави, а Роген в своєму відомому творі “Правило права”<sup>2</sup> зазначає, що внутрішній суверенітет є найвища влада, що панує в абсолютній повноті своїх верховних прав на території держави, а суверенітет зовнішній, або міжнародно-правний, є найбільша в межах міжнародного права свобода самовизначення держави, як юридично визнаної міжнародної особи, чи є міжнародне право та дієздатність держави. Такий міжнародний суверенітет може існувати, на думку Рогена (або якимсь чином цілком не зрозуміло), навіть незалежно від внутрішнього суверенітету.

Цей поділ суверенітету на два різних поняття – на суверенітет внутрішній, чи державноправний, і суверенітет зовнішній, міжнародно-правний, слід визнати неправильним. Навіть з логічного погляду не можна зазначити одним і тим же терміном різні явища: певний ступінь влади, чи характер панування, і в той же час просто волю, свободу самовизначення якоїсь особи, чи організації, незалежність її від інших осіб. Не тільки словесне значення терміну суверенітет, але вся історія утворення і розвитку цього поняття показує, що ним зазначалося і зазначається певний стан або характер державного панування, а саме найвищий ступінь державної зверхності, що відкидає всяке інше вище за неї та не підпорядковане їй панування на своїй території. Таке підпорядковане панування ми бачимо у держав-членів Федеративної держави, у автономних провінцій і організацій самоврядування унітарної держави; будучи підпорядковані вищій над ними союзній владі, вони не мають найвищої влади в межах своєї власної території, не є суверенні. В міжнародно-правній царині суверенна держава, звичайно, не здійснює влади над другими державами, але тому, що вона є найвища територіальна організація, вона у взаєминах з іншими такими же суверенними державами виступає як незалежна від них, рівна ним організація.

Правильно зазначив Єллінек, що міжнародно-правний бік суверенітету, ідея зовнішньої незалежності держави, її самостійність відносно таких же самостійних держав, є рефлексом її державноправної зверхності, логічним наслідком наявності вищої державної влади<sup>3</sup>.

Отже, поняття суверенітету, як найвищої в межах державного панування влади, а тому й незалежної влади, це було і є те основне значення поняття суверенітету, що з нього виходили, або на ньому надбудовувалися всі інші визначення суверенітету. Їх численність і різноманітність пояснюється не стільки корінною помилковістю цих визначень, скільки здебільшого їхньою однобіч-

<sup>1</sup> *Rehm*. Alle. Staatslehre, 1899, crop. 62–63.

<sup>2</sup> *Roguin*. La regle de droit 1889 chup. II.

<sup>3</sup> *Jellinek*. Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, стор. 24. Див. також *K. Schroeder*. Die völkerrechtliche Stellung Danzigs, 1927, crop. 27 (в Zeitschrift f. Völkerrecht. Ergänzungsband zu B. XIV).

ністю, саме тим, що вони визначають лише ту або іншу рису суверенної влади, перебільшуючи під час її значення або доводячи її до крайніх наслідків, як, наприклад, в доктрині абсолютного суверенітету і в визначенні суверенітету, як необмеженої компетенції.

## II. ЗАПЕРЕЧЕННЯ ПРОТИ СУВЕРЕНІТЕТУ В СУЧАСНІЙ ПРАВНІЙ ЛІТЕРАТУРІ.

Ще в останній чверті минулого віку проф. Гуго Прейс в своєму творі “Комуна, держава та імперія, як територіальні корпорації”<sup>1</sup> виступив з таким рішучим запереченням придатності поняття суверенітету для визначення влади держав сучасної доби. Поняття суверенітету, писав Прейс, є продукт доби абсолютної держави та відповідної політичної ідеології. Суверенітет містить тому не ідею “найвищого”, а “ідею абсолютного”. Абсолютна держава, як цього й вимагає поняття суверенітету, була дійсно спеціальною інституцією для панування над цілокупним суспільним життям, була своєрідною формою, що не визнавала ні під собою, ні над собою жодного автономного або самостійного політичного союзу. Самою природою своєю вона не могла визнавати ні міжнародного права, ні взагалі публічного права, тому, що право, будучи розмежуванням вольових сил осіб, вимагає, щоб і держава також була лише одною, хоч і найвищою, особою, між багатьма іншими особами. Суверенітет може допускати лише приватне право, правні взаємини індивідів, а не публічне право. Абсолютна держава здійснювала як зовні, так і у внутрішньому своєму житті всі вимоги, що логічно випливали з пануючої ідеї того часу – суверенітету.

Але такої влади, продовжує Прейс, не має і не допускає сучасний стан державних і міжнародноправних відносин. Сучасні держави постійно зобов’язуються міжнародноправними договорами. Сучасна держава є всебічно залежним членом великого союзу держав. В деяких міжнародноправних адміністративних союзах – поштовому, залізничному, судоходства, мір, ваги й торгівлі, ми бачимо навіть, каже Прейс, організовані міжнародні єдності, що підносяться над державою. Як правильно зазначив Лорімер (в своїй статті “Остаточна проблема міжнародного права”) “взаємозалежність прогресивних держав є необхідною поступова”. Тому суверенітет і міжнародне право є несполучні поняття. Те ж саме, зазначає Прейс, ми знаходимо і у внутрішньому житті держави. Держава не є тепер виключним носієм публічних прав, бо в ній існують однорідні з нею союзи, хоч і нижчі, але такі, що теж з’являються суб’єктами публічного права. Особливо сучасні складні держави, федерації, є політичні союзи, що ще рішучіше, ніж міжнародній правний союз, відкидають абсолютну зовнішню незв’язаність, або незалежність держав, тобто їх суверенітет. Ця думка Прейса про суверенітет повторюється по суті і всіма іншими вченими, що заперечують це поняття (Аффольтер, Клімке, Дюгі, Політіс та інш.).

<sup>1</sup> *Preuss. Gemeinde, Staat. Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, стор. 100–136.

Зокрема один із видатніших супротивників вживання поняття суверенітету в сучасній правній літературі, небіжчик проф. Дюгі, в своїх творах<sup>1</sup> спробував довести повний анахронізм цього поняття для сучасного публічного права. Визнаючи суверенітет з психологічного боку, як волю, що виключно і завжди самовизначається, а юридично, як компетенцію компетенції, Дюгі вважав, що незалежно від питання про носія цієї суверенної волі, визнання існування такого виключного самовизначення, суверенітету, держави викликає нерозв'язані суперечності і не погоджується з загальновідомими фактами сучасної політики, зокрема зі всією еволюцією сучасної держави, що її діяльність, на думку Дюгі, все більш втрачає характер примусового панування й набуває характеру публічної служби. Остання ж вимагає позитивного й негативного обмеження державної діяльності.

Сучасне політичне право, на думку Дюгі, не регулює відносин державного панування, але є правила, встановлені для організації й здійснення публічних служб. Закон не є актом якоїсь суверенної держави, а актом публічної служби, а адміністративний акт є актом спеціальної служби службовця.

Таке твердження Дюгі є тим чудніше, що разом з тим Дюгі визнає, що фактично держава є група людей, що в ній панують ті, що мають найбільшу силу, і при тому панують, не зустрічаючи жодних обмежень своєї влади. Виходячи із свого цілком ідеалістичного погляду на право, як на норми соціальної солідарності, Дюгі пробує погодити такий свій суперечний погляд на фактичну природу державної влади, шляхом твердження, що панування державне є тільки факт, що з ними право не рахується, в царині ж права, каже Дюгі, існують тільки відносини координації суб'єктів, підлеглих праву, а не панування й субординації.

Дюгі полемізує з поняттям суверенітету, що його знаходимо у автора “Суспільного договору”, як цілком абсолютної, необмеженої, нероздільної й невідчужуваної влади. Він вказує, що таке розуміння Руссо суверенітету суперечить існуванню інших публічних колективів на території децентралізованих і федеративних держав.

Таким чином, за цією суперечною доктриною Дюгі фактично сучасна держава є група людей, що мають необмежену нічим владу. Юридично же в царині права державна влада кудись зникає, існують лише координовані суб'єкти, підпорядковані праву.

Англійський вчений Ласкі, ототожнюючи поняття суверенітету з поняттям абсолютної державної влади, також вважає, що суверенітету сучасна держава власне не має. Суверенітет як абсолютний авторитет, необмежене державне панування, був в свій час, за висловом Ласкі, переможним мечем, вигартуваним в міцніших політичних конфліктах; і в той час він. був корисним для суспільного

<sup>1</sup> *Duguít. Traité de droit constitutionnel*, 7, I. 1921, стор. 408, 464 і далі, 516.

*Duguít. Transformation de droit public*. 1925, стор. 2 і далі.

*Duguít. Souveraineté et liberté*, Paris, 1922 ст. 1–15, 67–141, 191 і далі.

розвитку. Але цей час минув і цей меч треба замінити, на думку Ласкі, новою зброєю. Держава нині не є єдиною організацією, що панує й наказує; одночасно з нею, каже Ласкі, існують інші організації, і що також панують та наказують, здійснюючи свою мету. За юридичною теорією, державна влада має особливий характер, що принципово відрізняє її від іншої влади, як, наприклад, церкви, або тред-юніону. Але тут, каже Ласкі, різниця полягає лише в ступені, а не в якості. Коли церква встановлює новий догмат або тред-юніон проголошує страйк, то це є прояви влади, що лише кількісно відрізняються від прояв влади держави. Накази держави часто є безсилі на практиці перед вимогами інших організацій і не виконуються. Проте, доктрина висуває як постулат абсолютну зверхність наказів державної влади і така доктрина, що гадає, ніби сила наказів держави фактично завжди бере верх над наказами інших організацій, не має жодної вартості. Державна влада, на думку Ласкі, ґрунтується по суті на згоді індивідів та соціальних груп підкорятися державі. Кожна група чи організація є, на думку Ласкі, суверенна, оскільки здійснює владу над індивідами цієї групи в межах фактичного здійснення групою своїх завдань, визнаних членами цієї групи за засіб досягнення тих чи інших благ. Державна влада тому також є суверенна лише в межах фактичного здійснення своїх завдань і при тому в тій самій мірі, як і кожна інша громадська організація, що є суверенною в межах фактичного здійснення своїх завдань.

В наведених міркуваннях Ласкі проводиться розуміння неправного або фактичного суверенітету, суверенної влади, що фактично має змогу реалізувати свої вимоги та накази; при цьому Ласкі так трансформує поняття суверенітету, що по суті ліквідує його. Визначивши насамперед суверенітет, як абсолютну владу або авторитет держави, що, на думку Ласкі, так же зник, як і колишне божественне право королів, Ласкі далі деградує взагалі державне панування до того, що прирівнює його до авторитету та діяльності підлеглих державі організацій, вважаючи, що суверенітет належить кожній групі або організації в державі, що здійснює свій авторитет над своїми членами. Суверенітет цей існує в межах фактичного здійснення групою або організацією завдань, визнаних членами цієї групи, або організації. Таке розуміння суверенітету не має нічого спільного з поняттям суверенітету, як зверхності та незалежності державної влади, хоча би й обмеженої правом і фактично конче не всевладної. Правда, заперечуючи особливий якісний характер державної влади, Ласкі, одначе, визнає, що вона відрізняється від влади інших організацій певним ступенем влади, себто лише кількісно. Але і за таких умов державна влада все ж таки підноситься силою та обсягом своїх повноважень над іншими організаціями на просторі свого панування, і коли вона ні від кого не залежить, то чому ж її не можна визнати суверенною, хоча би ті або інші її накази не здійснювалися іноді або тими чи іншими особами та організаціями.

Ласкі відкидає абсолютний суверенітет для сучасної доби, потім прирівнює суверенітет держави до суверенітету тредюніону. Однак, таким чином, не

тільки суверенітет, але взагалі й державне панування втрачає свої істотні риси, як переможне примусове<sup>1</sup> класове панування. Голандський вчений Краббе в своїх творах “Вчення про суверенітет права” (1906 р.) і “Модерна ідея держави” (1919 р.) спробує довести, що розвиток права призводить до знищення дуалізму між державною владою, державною силою і правом. Сама державна влада засновується на праві, право підноситься над владою і йому належить суверенітет у державі. Ще за першої половини XIX в. у Франції Ремоза, Гізо, Ройє, Коляр, Дестю-де Трасі висували суверенітет не влади, а абстрактних ідей – правди, справедливості, розуму... Краббе також проголосує суверенітет права, як якогось абстрактного імперативного принципу. Але, незалежно від ідеалізації права й перебільшення його значіння й чинності сучасних державах проти таких концепцій суверенітету правильно зауважив проф. Комботекра що “концепція суверенітету, що проголошує суверенітет закону, нічого не пояснює та не розв’язує питання, хто ж здійснює та застосовує цей закон своєю матеріальною й нематеріальною силою. Отже, залишається без відповіді питання, кому ж належить суверенітет.

Відомий представник австрійської ультраформальної школи в правознавстві проф. Ганс Кельзен остаточно ліквідує поняття державної влади, як сили, примусового панування. Ототожнюючи державу з її правопорядком, з певною системою норм права, він послідовно доходить до висновку, що суверенітет держави це є не суверенітет влади, а суверенітет права, державного правопорядку. Суверенітет належить тій правній системі, що є первісною, тобто не випливає із другої правної системи, не заснована на ній. Далі Кельзен спробує довести, що державний правопорядок ґрунтується на міжнародному праві; отже таким чином суверенітет – зверхність, первісність окремої правної системи належить міжнародному праву<sup>2</sup>.

Заперечують поняття суверенітету держави і деякі досліджувані міжнародного права: Фердрас, Політіс, Кунц, Сукеніцький та інші. Вони зазначають ніби, т. зв., суверенітет держави є ніщо інше, як надана державі міжнародним товариством держав та міжнародним правопорядком повнота компетенції. Отже, суверенітет має міжнародноправний характер і змінюється разом з міжнародним правопорядком, при чому Кунц посилається також і на думку, висловлену Постійною Палатою Міжнародного Суду, що “питання про виключну компетен-

<sup>1</sup> Про погляди Ласкі, викладені в його творах “Studies in the problem of Sovereignty” 1917. “Authority in the modern State” 1919 The foundations of Sovereignty and other essays, 1921 див. у *Е. Пашуканис* “Буржуазное государство и проблема суверенитета” и *Вест. Коммун. Академии*, 1925 кн. X ст. 300–312, и *И. Троицкий*, “Прагматическая теория государства” *Советское право*, 1927, № 5.

<sup>2</sup> *Hans Kelsen*. *Allg. Staatslehre*, 1925, стр. 109. *Його ж* *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes* 1920. *Його ж* *Les rapports de système entre le droit Interne et le droit international public*. *Recueil de cours* 1926 *Academie de droit international etable par Carnedgie* 1927 IV, t 14 стр. 281–327.



цію держави в певній галузі управління залежить від розвитку міжнародних відносин і визнання такої компетенції міжнародним правом”<sup>1</sup>.

Взагалі в сучасній літературі міжнародного права, особливо в країнах членів Ліги Націй, дуже поширені думки, що сучасний стан міжнародних відносин являє таку міцну систему взаємозалежностей держав та їх спільної підпорядкованості міжнародному правопорядкові та міжнародному товариству держав, що суверенітет держав, на думку одних, цілком зник, або, на думку інших, відмирає і переходить до міжнародного товариства держав<sup>2</sup>.

Так, відомий знавець міжнародного права, уповноважений Греції в Лізі Націй, Політіс заявляє, що організація міжнародного життя, що виявилася в утворенні Ліги Націй, цілком не може бути погоджена з поняттям суверенітету, яке сприяє національному індивідуалізму та збуджує його. Отже, від часів війни майже в усіх країнах, каже Політіс, досліджуючи проблему суверенітету з цього боку, приходять до повного заперечення суверенітету, як недопустимого догмату, позбавленого розумного значіння й тому небезпечного, що сприяє міжнародній анархії. Так звана незалежність держави, пише Політіс, є ніщо інше, як їхня спроможність самовизначитися в межах, встановлених міжнародним правом, або певна компетенція, що належить державам, на основі міжнародного права.

Зокрема спробують довести зверхність Ліги Націй над державами, що увиходять до її складу, посилаючись між іншим на арт. 15 Статуту Ліги Націй. А саме гадають, ніби держави – члени Ліги Націй позбавлені права суверенно визначати свою компетенцію компетенції, тому що за арт. 15 Статуту Ліги Націй у випадках, зазначених в цьому артикулі, має право ухвалювати (однодушно) обов’язкові рішення для тих держав членів Ліги, що їхні суперечки загрожують викликати війну; Ліга Націй сама тоді вирішує питання, до компетенції якої з цих держав належить спірна справа.

Деякі критики поняття суверенітету згодні, одначе, визнати існування лише внутрішнього суверенітету (але не зовнішнього), тобто суверенітету держави в тих її внутрішніх справах, що резервовані у виключній компетенції держави за міжнародним правом.

Але ця резервована виключна компетенція держави існує, на їхню думку, ніби, лише в силу міжнародноправного визнання і в межах, визначених міжнародним правом. Тому зазначає, наприклад, Політіс, ця виключна компетенція держави цілком залежить від розвитку міжнародного права і все більш зменшується. Але поняття суверенітету, що зазначає абсолютну зверхність, є

<sup>1</sup> *J. Kunz*. Zum Problem d. doppelten Staatsangehörigkeit (Zeitschrift f. Ostrecht 1928 H. 4. стр. 404 сл.). *Politis* – Les nouvelles tendances de droit international 1927 стр. 25 *Sukiennicki* – La souveraineté des états en droit international moderne, 1927 стр. 328.

<sup>2</sup> Див. *Morellet*. Le principe de la souveraineté de l'état et le droit international public (en Revue du droit public et de la science politique, 1926 № 3 стр. 370).

небезпечно та злочинне тому, що воно шкодить міжнародному порядку та справі миру й підтримує анархію<sup>1</sup>.

Визнання суверенітету призводить ніби до визнання необов'язковості правила, що повинно додержуватися договорів. Але зауважимо, що наведені супротивники поняття суверенітету, самі того не помічаючи, не можуть позбавитися цього поняття. Так, Прайс визначав державу, як найбільшу територіальну корпорацію, що не входить до складу якої не будь другої територіальної корпорації, містить у собі низку менших територіальних корпорацій і що їй належить територіальна зверхність. Останню ж він розуміє, як права держави змінювати свою територію й знищувати як саму себе (шляхом цілковитого вивласнення своєї території), так і територіальні корпорації, що належать до її складу. Таким чином, територіальна зверхність у Прайса по суті нічим не відрізняється від суверенної влади держави тому, що за державою і в даному разі залишається виключне самовизначення в сфері її панування.

Далі другий критик суверенітету Дюгі визнавав державу, з фактичного боку, групою людей, де панують ті, що мають найбільшу силу, не зустрічаючи жодних обмежень цього панування. Але право, на думку Дюгі, не рахується з цим пануванням, а як норма соціальної солідарності ставить у становище координації всіх у державі як керівників, так і підлеглих.

Далі всі ті, що заперечують суверенітет, як поняття, що ніби оджило свій час, і в той самий час підпорядковують держави міжнародноправній організації товариства держав, як пануючій організації, таким чином переносять суверенітет на цю міжнародну організацію, що, на їх думку, ніби панує над державами й навіть є правною підставою панування самих держав.

Таким чином, супротивники суверенітету не помічають того, що це міжнародне товариство держав, за їх конструкцією, само обертається із договірною і добровільною міжнародною організацією державного панування, що панує над усіма іншими державами, сама нікому не підлягаючи, іншими словами, на суверенну “універсальну державу” (*civitas maxima*), Сукеніцький навіть так і каже, що Ліга Націй втілює ідею такої універсальної держави.

### III. СУВЕРЕНІТЕТ І СУЧАСНА ДЕРЖАВА.

Як видно, всі заперечення проти суверенітету ґрунтуються на розумінні його, як абсолютної або необмеженої влади., що не допускає жодних правних обмежень так у своїх внутрішніх зносинах, як у зовнішніх. Деякі навіть уявляють собі суверенітет, як якусь універсальну владу, що не припускає існування поруч себе інших суверенних, або рівноправних з нею влад. Але, як це ми показували вище, абсолютний суверенітет був лише одною з фаз в розвитку суверенної влади і розуміння суверенітету, як абсолютної влади, було лише викликано утворенням абсолютизму в Європі. З другого боку, утворення конституційної

<sup>1</sup> *Politis*. Назв. та стор. 24 і далі.

і, т. зв., правної держави й боротьба за право громадської волі призводили до розуміння суверенітету не як абсолютної, а лише як найвищої в межах державної території правної влади, тобто влади, що визначена й обмежена правом, хоч і не залежить від іншої влади. Ідеологія суверенітету набувала різних форм — це була ідеологія самої держави, що її утворювало економічне й політичне життя певної доби. Але суть цього поняття полягає завжди в категорії “найвищого”, а не абсолютного, в визнанні певної влади найвищою. Оскільки кожна конституція держави є співвідношення соціально-політичних сил у державі, й межі панування пануючого класу визначається цим співвідношенням, характер цих меж та обсягу влади залежить від такого співвідношення й відповідно змінюється. Ці межі знаходять на певний час, до істотної зміни економіки країни, своє чітке визначення й закріплення в праві країни, і коли це є власне право держави або право, що держава визнає добровільно і застосовує до своїх зовнішніх зносин, не підпадаючи під примусове застосування цього права й командування іншої держави, її фактичний і правний суверенітет залишається непорушним, як би не була економічно й політично заінтересована держава в інших державах і тому мусила в своїй політиці рахуватися з політикою цих держав, з їх інтересами і бажаннями. Твердження, ніби верховна влада суверенної держави не може бути правно обмеженою, спростовується вже тим, що право встановлює порядок і форму діяльності державних органів і може ставити навіть межі компетенції найвищого органу влади в країні. Так, у Франції національні збори, що є найвищий установчий орган держави, що в них виявляється, як кажуть, воля суверенного народу, позбавлені конституцією права змінювати республіканську форму правління. Навіть з'їзд рад Союзу РСР, найвищий орган Союзу РСР, що виключно своєю волею має право, за арт. 2 конституції Союзу РСР, змінювати союзну конституцію, а таким чином і визначену в арт. 1 цієї конституції компетенцію Союзу, а через те має і, т. зв., компетенцію компетенції або суверенітет, є, однак, правно обмежений тому, що за арт. 6 конституції Союзу територія Союзних Республік не може бути змінена без їхньої згоди, а за арт. 4 конституції Союзу кожна союзна республіка зберігає своє право вільного виходу із Союзу, і цей артикул не може бути змінений, обмежений або скасований без згоди всіх цих республік.

І байдуже, що така обмеженість найвищого органу держави є, як кажуть, суто формальна. Але ця правна формальна обмеженість є відбиток певних реальних співвідношень соціально-політичних сил або спирається на соціальну свідомість і волю того пануючого класу, що утворює саму державну організацію і визначає її в своєму праві.

Але наявність правопорядку, що визначає верховне панування держави, встановлює форму держави, правні межі її влади і порядок її здійснення, не позбавляє цієї влади суверенітету, характеру найвищої влади в межах державної території, коли цей правопорядок, це право, є право тої самої держави, того пануючого класу, що державно організована, і за, тим правом не стоїть інша

організована примусова влада, інша державна організація. Навіть міжнародне право, що ним керується суверенна держава, не позбавляє її суверенітету тому, що це право є порядок обопільно визнаний суверенними державами, незалежними одна від одної, або певною групою їх щодо їхніх взаємовідносин, і за тим правом не стоїть якась організація, що примусово панує над державами. А коли б так було, то панування останньої над державами було б пануванням державноправного характеру, це була б складна федеративна держава, що її членами були б держави, позбавлені свого суверенітету. Ми не вважаємо, звичайно, ані Лігу Націй, ані міжнародне товариство держав з усіма існуючими нині міжнародноправними організаціями за такі організації, що примусово, тобто державноправно панують над членами міжнародного товариства держав. Дуже чудово було б вважати, що ті цілком ще незначні повноваження, що надані Лізі її статутом для забезпечення миру, є якісь суверенні повноваження, не кажучи вже про ту фактичну безсилість, що Ліга Націй виявляє відносно тих членів, що порушують свої міжнародноправні та особливі членів Ліги зобов'язання, і що фактично Ліга Націй є зняряддя політики деяких великих імперіалістичних держав, які, звичайно, правно й фактично зберегли повністю свій суверенітет. З другого боку, такі великі світові держави, як Союз РСР, Сполучені Штати Північної Америки, не кажучи вже про інші держави, що не є членами Ліги Націй, хоч визнають і застосовують норми міжнародного права та укладають міжнародні договори, є, однак, безумовно, повновладними носіями суверенної влади. Кельзен заперечує проти того загальновизнаного принципу, що міжнародноправний договір, обмежуючи певними зобов'язаннями держави, що його склали, не позбавляє тих держав суверенітету тому, що чинність цього договору засновується на обопільній власній волі цих держав. Кельзен саме зауважує, що зобов'язаність для держав, що склали міжнародний договір, впливає не із їхньої односторонньої волі, а з міжнародного правила: повинно додержувати договори, а це правило є воля міжнародного права, тобто воля міжнародноправного суспільства (*Völkergemeinschaft*)<sup>1</sup>.

Можна вважати за правильну думку Кельзена, що юридично міжнародноправна зобов'язаність держави, висловлена у міжнародному договорі, ґрунтується на загальній міжнародноправній нормі про обов'язок додержуватися договорів, але з цього все ж не випливає, що визнання й застосування цієї норми позбавляє державу суверенітету і підпорядковує державу якомусь організованому пануванню над нею, або тій державі, що є стороною в договорі. Звичайно, може і міжнародний договір мати своїм наслідком позбавлення держави її суверенітету, може встановити панування одної держави над другою, а не договірне обопільне визначення певних зобов'язань координованими сторонами. Такий договір є лише одвертим визначенням факту добровільного або примусового (через війну) підпорядкування надалі одної держави іншій,

<sup>1</sup> *Kelsen. Allg. Staatslehre, 1925, стр. 113.*

остаточну відмову її від суверенітету, або примусове позбавлення його; це значав ще Гуго Гроцій. Але взагалі зобов'язання між державами, як рівноправними сторонами, зобов'язання, що встановлюються договором, ґрунтуються лише на ньому, або впливають лише із нього, то в такому разі така згода двох формально рівноправних координованих держав не позбавляє їх суверенітету<sup>1</sup>. Справа полягає тут не в утворенні (однобічного) панування, але у взаємних поступках та послугах.

Сукеніцький, що присвятив новішу спеціальну працю дослідженню суверенітету в міжнародному праві, підтверджуючи думку про зникання суверенітету держави, що він її розділяє з іншими прихильниками теорії примату міжнародноправної організації держав над окремими державами, виходить, як вище зазначено, із розуміння суверенітету, як якоїсь абсолютної необмеженої й універсальної влади. Ще Прайс помилково гадав, ніби суверенітет містить у собі ідею не “найвищого”, а цілком “абсолютного”. Дотепну характеристику таких розумінь суверенітету в свій час дав “Лабанд, коли зауважив проти Прайса, що “боротьба з таким суверенітетом є боротьба з вітряками тому, що всі пристануть на те, що така влада не тільки не істотна для сучасної держави, але й взагалі її не можна здійснювати”<sup>2</sup>.

Сукеніцький же навіть доходить до того, що, вказуючи на Лігу Націй, заявляє, що, ніби, так зв., “універсальна держава” тепер не є абстрактною концепцією або мрією, але з'являється повною реальністю: ми, ніби, бачимо її втілення в Лізі Націй, конкретні вияви її життєвості, діяльність її та зміцнення, і що ті, хто, незважаючи на це, з міркувань суто політичного характеру, все ж таки тримаються поняття суверенітету, примушені, ніби, змінити його значіння ревізувати це поняття<sup>3</sup>.

В такому твердженні, з одного боку, виявляється неправильне розуміння історичного утворення поняття суверенітету, і з другого боку цілком неправильне уявлення фактів політичної дійсності. Адже ж абсолютний суверенітет це лише одна із фаз, що проходила та може проходити суверенна влада. Дивовижне далі твердження супротивників поняття суверенітету, що ніби то сама державі, її влада та її резервована, за їх висловом виключна компетенція залежить від міжнародного права і на ньому ґрунтується.

Але це повне перекручування фактів державної дійсності. Держава утворюється й існує цілком незалежно від того, визнають або не визнають її інші держави. Саме це визнання ґрунтується на існуванні держави, що її хочуть визнати. Міжнародне же право само виходить із факту існування суверенних, а тому і правно координованих одна одній держав, і цілком правильно зауважив

<sup>1</sup> Див. також мою працю “Суверенітет”, стор. 397–411.

<sup>2</sup> *Laband. Das Staatsrecht d. deutschen Reiches*, В. I. стор. 69, увага 2.

<sup>3</sup> *Sukkienicki*, назв. тв., стор. 388.

один із новіших дослідників суверенітету, Герман Геллер, що саме існування міжнародного права можливе лише за наявності суверенних держав<sup>1</sup>.

Суверенітет по суті є державноправне явище, зазначає певний стан зверхності панування в країні, а саме найвище в державі, а тому і зовні незалежне, панування. Тому правильно зауважує Еллінек, що міжнародноправний або зовнішній суверенітет є не окреме самостійне відносно державного суверенітету явище, але є рефлексом державноправного суверенітету. Також міжнародний суверенітет не є власне дієздатність, ані рівноправність суб'єктів в міжнародних зносинах; останні є лише наслідок суверенітету. За останніх часів суб'єктами міжнародного права, хоч і з обмеженою міжнародноправною дієздатністю, виступають деякі несuverенні організації, не кажучи вже, що на думку деяких дослідників міжнародного права, суб'єктами міжнародного права можуть бути навіть і окремі громадяни та організації. Але всі ці суб'єкти та організації, хоч би вони і виступали в царині міжнародноправних зносин, як суб'єкти, все ж мусять вважатися за цілком другорядних і умовних суб'єктів міжнародного права з огляду на їхню підпорядкованість суверенітетові пануючій над ними державі.

Суверенітет, далі, як це зазначено вище, не є якась універсальна влада, що поширювала би своє панування і на ту царину відносин, де їй протистоять інші не підпорядковані їй самостійні політичні організації, як це ми бачимо в царині міжнародного права. Суверенна держава, як і кожна держава, є територіальною організацією, і по суті її суверенне панування є обмежене в просторі й поширюється власне лише на тих, що знаходяться в межах її власної території або території, що хоч тимчасово підпорядкована владі й суверенітетові цієї держави. Панування суверенної держави також обмежено, як вище сказано, матеріально й правно. Влада суверенної держави ґрунтується завжди на певному фактичному співвідношенні соціально-політичних сил у країні та і поза країною. Вона залежить і від обсягу, кількості й якості тих матеріальних та моральних засобів, що є в розпорядженні держави, як організації панівного класу.

Фактична конституція країни та матеріальна база и влади, звичайно, знаходить певний відбиток у праві, що визначає конституцію країни, організацію й порядок здійснення її влади. Таким чином, з боку обсягу і моці державних повноважень, суверенна влада може бути фактично і юридично більш менш обмежена, але є суверенною, коли при наявності фактичних і юридичних обмежень вона все ж залишається найвищою примусовою владою на певній території, що її наказам та керуванню підлягають всі інші влади, організації та особи, які перебувають на цій території, і що своє панування, як найвища територіальна влада, вона здійснює і держить незалежно від усякої іншої панівної організації.

Дюгі спробував довести, що суверенітет суперечить факту існування дер-

<sup>1</sup> *Hermann Heller*. Die Souveränität. Цитую по рецензії, проф. *Koellreuter*'а в *Archiv d. öffentlichen Rechts* B. 14, H. I. 1928.

жав децентралізованих, а саме з автономними державно-федеративними частинами.

Таке твердження цілком випливає з поширеного в французькій політичній літературі розуміння суверенітету, як абсолютної влади, що між собою і громадянами або індивідами не допускає в державі жодних більш-менш публічно-правних організацій автономного характеру. Концепція суверенітету, що її накреслив Руссо в своєму “Суспільному договорі”, за деякими винятками, є ще й тепер тою базою, що на ній засновують деякі французькі публіцисти юристи, в тому числі й Дюгі, своє розуміння суверенітету. Отже, в своєму запереченні суверенітету Дюгі поєднує з концепцією Руссо абсолютного суверенітету, ігноруючи той факт, що доктрина Руссо про суверенітет народу і взагалі суверенітет це була лише одна течія в історії суверенітету.

Існуванню в децентралізованій державі територіальних організацій самоврядування, автономних частин, а також у федеративних державах федеративних держав-членів, зовсім не суперечить принципів суверенітету, бо ні влада автономних частин держави, ні федеративних частин федеративної держави не є суверенна, або рівна федеративній або центральній владі, а суверенітет належить лише владі центральній, владі того цілого, що до його складу увходять всі окремі частини. Основи організації й панування самоврядувань та автономних частин унітарної держави встановлює остання, а держави-члени федерації, хоч і зберігають первісну владу, тобто не делеговану Союзом, все ж підпорядковані в низці істотних галузей державного панування Союзній державі та її суверенному контролю. Союзній же владі надається й право цілком односторонньо, або за згодою лише більшості федеративних частин змінювати і саму союзну конституцію, а тим самим і свою компетенцію, повноваження свої і через те – свої складових частин. Правне розмежування компетенції між союзною владою та владами держав-членів Союзу не позбавляє союзню владу її суверенітету, коли не уявляти суверенітет, як цілком абсолютну владу, бо суверенітет, хоч і може сполучатися з абсолютизмом, але по суті є не абсолютна влада, а найвища на певній території, а тому і нікому не підлегла, не має над собою вищого<sup>1</sup>.

Юридично, тобто в правному виявленні це може бути визначено, як найвище (незалежно ні від кого) право видавати обов’язкові для всіх на території держави накази та примушувати до їх виконання. І коли суверенітет хочуть

---

<sup>1</sup> А. Л. Малицький у своєму творі “Советск. Госуд. Право” 1926 р. ст. 232 і далі визнає наявність суверенітету навіть у сільрад радян. республік, розуміючи суверенітет як самостійність, а останню як спроможність здійснювати цілком самостійно і максимально свою ініціативу; але, по-перше, таке розуміння суверенітету цілком відступає від історично-утвореного поняття суверенітету, як зверхності та незалежності влади, що з ним оперує наука, а по-друге, сільради не мають права цілком самостійно провадити до життя свою ініціативу по всіх питаннях, тому просто, що як органи, підпорядковані вищим органам, вони мають компетенцію, обмежену компетенцією вищих органів і порушуючи ті або інші питання, далеко не мають права самостійною розв’язання усіх цих питань.

визначити просто як самовизначення, то це буде не всяке самовизначення, а лише самовизначення державного панування. Помиляється тому Кельзен, коли зауважує, ніби, визначення суверенітету, як влади, що є найвища лише в межах своєї території, а зовні є лише незалежна, зазначає по суті відмову від поняття суверенітету тому, що суверенітет, на думку Кельзена, вимагає такого ж найвищого панування і зовні<sup>1</sup>. Ніколи такого поняття суверенітету ніхто з основників цього поняття не формулював, навіть французькі легісти, що склали доктрину абсолютного суверенітету короля.

Кельзен замінює поняття суверенної держави, як територіальної класової організації панування, поняттям суверенітету якоїсь фантастичної універсальної держави, що її ніколи не було. Визнання влади суверенною не вимагає ані її універсальності, ані її абсолютизму і, зокрема, відсутності всяких правних обмежень, особливо в царині її зовнішніх зносин<sup>2</sup>, де їй протистоять такі самі суверенні держави.

Коли за певним правопорядком, що його визнає держава, не стоїть інша примусова влада, що видає накази й примушує державу застосовувати встановлене нею право, тобто коли це право, що ним визначається держава, або є власне право держави або таке право, що вона добровільно визнає і застосовує разом з іншими рівноправними з нею державами шляхом добровільного визнання цього права” шляхом декларацій або договорів, то таке підпорядкування влади праву не порушує її суверенітету. Зокрема підкоряючись праву, що визначає внутрішню організацію й компетенцію державної влади, органи цієї влади підкоряються праву того ж самого класу, що утворила й саму державу, що є організацією її класового панування. Суверенітет зазначає лише, що суверенна державна влада, командуючи сама в певному просторі, в правних межах і формах над усіма на своїй власній території, не підлягає сама ні в утворенні, ні в здійсненні своєї влади та права якомусь чужому командуванню, командуванню іншої організації. Перебування держав у міжнародних зносинах з іншими державами, застосування нею тих або інших норм міжнародного права, додержування принципів цього права в своїх відносинах з іншими державами не порушує державного суверенітету, оскільки держава таким чином перебуває лише в товаристві рівноправних з нею, а не пануючих над нею держав. Не можна, з другого боку, погодитись з відомим австрійським юристом, проф. Венцелем, що в своєму творі “Основні проблеми права” 1920 р., не тільки визнає суверенітет необхідною ознакою державної влади, а навіть вважає, що, ніби, суверенітет не допускає існування над державою жодної вищої системи норм і

<sup>1</sup> *Kelsen* “Souveränität” Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie herausg. v. K. Strupp. 1925 B. II, стор. 554.

<sup>2</sup> Див. до цього дуже цікаві міркування *Leo Kohna*, “Die Verfassung des Irischen Freistaates” (в Archiv d. offebl. Rechts 1928 N. F. 15 B” 2/3 Heft стор. 337) про суверенітет Ірландії.



тому й наддержавного права; міжнародне право, отже, існує для держави лише, як її власне, визнане нею право.

Дійсно, міжнародне право, оскільки це право застосовується державою, є “право, визнане самою державою, і оскільки ці норми утворені міжнародними звичаями або міжнародними договорами, а також їх визнає конституція або законодавство держави складовою частиною власного права, такі норми міжнародного права одночасно стають складовою частиною державного права країни, не втрачаючи, однак, і свого міжнародного характеру.

Так, у силу § 2 арт. VI конституції Сполучених Штатів Північної Америки, всі договори, укладені, або ті, що будуть укладені Сполученими Штатами, вважаються за верховне право країни.

Також за арт. 4 конституції Німеччини загально визнані норми міжнародного права є чинні, як обов’язкові складні частини германського імперського права.

Набувши силу гласного права держави, норми міжнародного права все ж залишаються також нормами, що визнані міжнародним товариством держав або певними групами їх, як такі, що мають обов’язкову силу в їх взаєминах і, таким чином, джерело цієї обов’язковості полягає не тільки в волі одної держави або її панівного класу, але в волі та згоді багатьох чи кількох координованих держав.

Помилково гадає проф. Венцель, ніби суверенна держава не допускає існування наддержавного права. Не можна з цим погодитись тому, що наддержавне право, що за таке Венцель вважає міжнародне право, не є правом якоїсь влади, що підноситься над державами та обмежує своїми наказами та примусом їхню зверхність, але є відносинами та нормами, що набули обов’язкової чинності між координованими політичними організаціями – суб’єктами міжнародного права і підтримуються ними в їх взаєминах лише, як компромісні для різних державних самостійних класових організацій. Адже ж зокрема і Ліга Націй не є суверенною для своїх членів, і далеко не є і якоюсь універсальною міжнародноправною організацією всіх, навіть і буржуазних держав, хоч історія її покаже, що вона була задумана, як універсальна постійна організація усіх держав світу<sup>1</sup>. До того ж такі великі держави, як Союз РСР і Сполучені Штати Північної Америки, стоять поза Лігою.

Також заходи, що їх вживає Ліга Націй проти своїх членів, що не виконують постанов Ліги, мають міжнародний, а не державноправний характер. Це підтверджується і тим, що за арт. 17 Статуту Ліги репресивні заходи, встановлені арт. 10 проти членів Ліги, що не виконують своїх обов’язків відносно Ліги Націй, Ліга Націй може застосувати навіть і проти держави, що не є членом Ліги, у випадку спору між останньою і державою – членом Ліги.

Вступ держав до складу членів Ліги Націй і перебування їх у Лізі має до-

---

<sup>1</sup> Проф. М. М. Лозинський. Проблема роззброєння, Ліга Націй та СРСР.

бровільний характер і сама Ліга Націй має характер організації, що ґрунтується виключно на договорі, але не на факті примусового панування. Її засновники й фактичні керівники Ліги є великі імперіалістичні держави, що менш за все допускали, щоб з утворенням Ліги їх було позбавлено суверенітету. Згідно з тим і в арт. 10 Статуту Ліги прямо зазначена політична незалежність держав-членів Ліги, ще її (незалежність) зобов'язанні обороняти члени Ліги проти кожного зовнішнього нападу. В арт. 16 Статуту з метою забезпечення основної мети Ліги-охорони миру й запобігання війнам встановлено санкції проти члена Ліги, що починає війну, не вважаючи на свої обов'язки перед Лігою Націй, однак, у такому разі такий вчинок визнається актом війни проти всіх членів Ліги, а не повстанням проти законної влади. Тобто заходи членів Ліги в такому випадкові проти члена Ліги не мають характер езекуції проти непокірного підданого, а характер міжнародної репресії, що її, як зазначає статут Ліги, Ліга Націй може застосувати навіть і проти держав, що не є членами Ліги, у випадку конфлікту між ними і державою-членом Ліги.

Самі представники доктрини про втрату суверенітету сучасними державами, особливо через вступ до такої міжнародної організації, як Ліга Націй, зазначають, що як громадська думка, так і думка урядів держав-членів Ліги, дуже негативно ставиться до будь яких допущень зменшення їхньої державної зверхності через вступ до Ліги Націй. Вони не визнають, що над державою утворився авторитет вищий за саму державу, і вважають за злочинну образу батьківщини твердження, ніби їхні держави вже втратили свій суверенітет і суверенною стала утворена ними міжнародна організація – Ліга Націй.

Можна погодитись з критиками суверенітету держави, або точніше, з представниками теорії суверенітету. Ліги Націй і міжнародноправного порядку лише в тому, що дійсно за наших часів відбувається процес швидкої деградації суверенітету економічно і політично слабших держав. Але цей процес призводить до поступового пересування керівництва і панування над цими державами до великих імперіалістичних держав. Але в тих державах, що зв'язані між собою державноправним федераційним зв'язком, ми помічаємо втрату суверенітету складовими частинами і посилення обсягу та повноважень суверенної союзної влади за рахунок влади складових частин федерації. Лише країни з новим розвиненим самостійним капіталізмом, як то домініони Англії, обертаються на суверенні організації за сприятливих умов.

Сучасні капіталістичні держави переживають добу монополістичного фінансового капіталізму, добу імперіалізму, що, між іншим, характеризується, як зазначив В. Ленін, утворенням монополістичних союзів капіталістів, що розподіляють світ поміж собою, і закінченням розподілу землі між найбільшими капіталістичними державами. Нерівномірність розвитку капіталістичних підприємств, трестів, галузей промисловості і окремих країн, суперечності так між союзами капіталістів, як і між самими імперіалістичними державами є на-

стільки великі, що між ними постійно виникають різні конфлікти та боротьба. В яких би формах не утворювались ці союзи в формі одної імперіалістичної коаліції проти другої, або в формі загального союзу всіх імперіалістичних держав, усі ці союзи є лише перепоchinoк перед війнами<sup>1</sup>.

За таких умов чи можна говорити про утворення такої спільної міжнародної організації, що пододала би ці суперечності і підкорила собі держави?

Поступове зосередження економічної та політичної моці у великих імперіалістичних держав призводить, звичайно, до відповідного послаблення інших держав, що втягуються в сферу імперіалістичного руху і впливу до захоплення їх території і до гегемонії над ними. Так поступово підточується суверенітет слабих і кінець кінцем мусить привести до зосередження суверенітету у небагатьох держав і до обмеження кількості суверенних держав лише великими імперіалістичними державами. Цьому не суперечить той факт, що занепад капіталістичного господарства в деяких імперіалістичних країнах (Англія) й, навпаки, поступовий розвиток власного капіталізму в колишніх колоніях такої держави, як то в домініонах Англії, призводять на деякий час до утворення самостійної державності цих останніх, до набуття ними суверенітету. Позбавившись від підлеглих одній імперіалістичній державі, такі держави, що здобули самостійності, коли не зможуть надалі або самі стати першорядними капіталістичними країнами, або скинути з себе тягар капіталізму, примушені будуть підпасти під економічний та політичний тиск й, нарешті, підкоритися другим міцнішим імперіалістичним державам. Але поки що до масового загублення свого суверенітету сучасними державами на користь імперіалістичних держав процес деградації суверенітету слабих держав ще не дійшов, і ми бачимо ще й нині навіть багатько нових суверенних держав, другорядного значіння в економічному й політичному відношенні, що утворилися з частин території тих великих імперіалістичних держав, що зазнали поразки або розклалися наслідком імперіалістичної війни (Німеччина, Австро-Угорщина, Російська імперія).

Спосіб і характер великого впливу імперіалістичного капіталізму на зовнішнє та внутрішнє життя держав та їх владу, а таким чином, й на їх суверенітет, яскраво визначено в програмі Комуністичного Інтернаціоналу: "Імперіалістична форма капіталізму, виявляючи тенденцію до об'єднання різних фракцій пануючого класу, протиставляє широкі маси пролетаріату не окремому підприємству, а в зростаючій мірі всьому класу капіталістів у цілому та її державній владі; з другого боку, ця форма капіталізму усуває перегородки національної держави, що стали вже тісні, й поширює рамки капіталістичної державної влади панівної великодержавної нації, протиставляючи цій владі мільйонні маси національно-пригноблених народів, як серед, так званих, малих націй, так і в колоніях. Нарешті, ця форма капіталізму найгостріше протиставляє імперіалістичні держави одну одній. За такою ситуацією особливої ваги

<sup>1</sup> *Ленин*. Імперіалізм як новейший етап капіталізму, вид. 2-е, 1918 р. стор. 91–123.

для буржуазії набуває державна влада, що становиться диктатурою фінансово-капіталістичної олігархії, виявом її концентрованої моці. Функції імперіалістичної держави розростаються всіма напрямками”<sup>1</sup>.

З другого боку, ми бачимо, як революційний національний рух в пригноблених країнах капіталістичних держав викликає боротьбу цих країн за свій суверенітет, за здобуття державної самостійності<sup>2</sup>.

Пролетарський же соціалістичний революційний рух утворив Радянські держави та їх велике об’єднання в Союзі РСР, що протистоїть капіталістичним державам, як цілком своєрідна суверенна організація. За таких умов чи можна говорити про зникнення суверенітету або втрату його значіння в політичному житті. Зрозуміло, що всі ці зміни в характері, структурі й функціях державної влади, зміни її носіїв і взагалі зміни, що протягом історії виникали в соціальній базі, характері та структурі державного панування, могли знищувати суверенітет тої або іншої влади, але не знищили його, як соціально-політичне явище, явище державного життя, а тільки змінювали його характер носія та правні межі і призводили до пересування суверенітету від одних державних організацій до інших, утворюючи суверенітет одних і ліквідуючи суверенітет інших держав.

Один із радянських досліджувачів міжнародного права висловив думку, що полеміка в сучасній буржуазній правній літературі, скерована проти поняття суверенітету, пояснюється тим, що з суверенітету випливає принцип рівноправності держав в міжнародному праві, а цей останній стоїть на перешкоді вимогам імперіалістичних держав. Отже цим державам потрібна заміна суверенітету іншим принципом, що відповідав би дійсному співвідношенню сил. Зокрема, щодо відносин імперіалістичних держав до колоніальних країн, в яких національний рух і національні революції проходять під гаслом національної незалежності та боротьби за неї, принцип суверенітету та рівноправності держав стає прямо загрозливим для імперіалістичних держав. Отже, теоретики, оборонці сучасного імперіалізму, як то відомий знавець міжнародного права Політіс, вважають бажання зберегти поняття суверенітету за “фаворизацію національного індивідуалізму та за підтримку міжнародної анархії”<sup>3</sup>.

Дійсно, один із заперечників суверенітету, Політіс, зазначає, що з усуненням догми суверенітету, принцип рівності держав цілком змінює своє значення. Він стає принципом, аналогічним принципові формальної рівноправності, рівності перед законом громадян в державі. Отже, рівність держав в міжнародному праві треба, за словами Політіса, розуміти не як рівність матеріальну або мо-

<sup>1</sup> Програм. Ком. Інтернаціоналу ухвалено 6-м Конгресом 1-го вересня 1928 р. Розд. 1 п. 3-й Імперіалізм та сили Революції, також розділ 1, пункт 3-й.

<sup>2</sup> Про переможну боротьбу Туреччини за свій суверенітет після Севрського договору – див. проф. Глядстерн – Європа і боротьба Туреччини за незалежність (жур. Східн. Світ 1928 р., 3–4).

<sup>3</sup> Л. Б. Березов. Новые тенденции междунаро. права в освещении буржуазного юриста (“Вестник Сов. Юстиции” Харків, 1928 р., № 24, стор. 720).

ральну і не як рівну участь в органах міжнародного управління, а лише як юридичну, законну рівність. Це означає лише, що держави мають однакове право вимагати й одержувати охорону з боку міжнародного права. Таким чином, виходить, що принципи суверенітету й рівноправності держав поступилися або мусять поступитися, на думку Політіса, своїм місцем у міжнародному праві на користь принципу міжнародної опіки. На нашу думку, ця полеміка проти суверенітету в сучасній західноєвропейській літературі з боку деяких представників науки державного й міжнародного права не викликається лише тим, що визнання принципу суверенітету шкодить інтересам імперіалістичних держав. Свій власний суверенітет, а через те і принцип суверенітету взагалі імперіалістичні держави, навпаки, визнають і охороняють дуже ретельно. Шкодить дійсно їх інтересам принцип рівноправності держав, а тому і суверенітет лише тих держав, що з'являються об'єктами імперіалістичних зазіхань. Ось чому ми бачимо, що, визнаючи формально принцип суверенітету, великі держави допускають різні перекручування в міжнародноправній практиці так принципу суверенітету, як і рівноправності слабих держав. Між іншим, коли імперіалістичним державам стоїть на перешкоді суверенітет інших країн, то міжнародна практика яскраво свідчить, що такі перешкоди надзвичайно легко обгинаються. Досить згадати про сучасну політику Англії відносно Єгипту. Формально визнавши суверенітет Єгипту під умовою збереження британської контролі над Суецьким каналом та британського правління в Єгипті, Англія фактично поводить з ним і досі, як з колоніальною або напівколоніальною країною. В системі мандатів, встановленій Версальським договором, і мандатного права цілком затушковане в інтересах імперіалістичних держав мандатів питання, кому ж належить суверенітет в мандатних країнах, особливо в мандатних країнах розряду "А"<sup>1</sup>.

Щодо самих урядів і суспільної думки різних країн, то, як було вище зазначено, вони навіть вороже ставляться до всякої спроби заперечувати проти суверенітету їхніх країн, або їхньої незалежності.

Вищенаведені погляди на суверенітет Політіса тим більш дивовижні, що він з'являється послом держави (Греції), що не є великою державою, і представником її в Лізі Націй. На нашу думку, так Політіс, як і взагалі ті вчені (Прейс, Дюгі та інші), що відкидають поняття суверенітету для держав сучасної доби, виходять не з інтересів великих держав, а з своїх цілком ідеалістичних поглядів на державу й право, і особливо на сучасну роль й значення міжнародного права та Ліги Націй, бажаючи в Лізі Націй знайти оборону проти сваволі великих імперіалістичних держав та загрози й небезпеки нової війни. Такі думки орієнтуються на великі ускладнення та збільшення правового регулювання сучасної державної діяльності, на значний зріст міжнародноправної організації після імперіалістичної війни, але, з другого боку, цьому протистоять факти протилежного зна-

<sup>1</sup> Див. *Паркер Томас Мун*. Империализм и мировая политика. Пер. *Вольського* з передмовою *Пашуканиса*, 1927 р., стор. 142, 361.

чення, що яскраво свідчать про загальне панування принципу державної сили й влади, як в міжнародноправному, так і в державному житті й хижацьку політику капіталістичних та імперіалістичних держав відносно слабих країн. Зокрема, в державноправному житті капіталістичних держав ми бачимо надзвичайний зріст диктатурних форм управління, що почали або, як в фашистській Італії, цілком відкидають принципи так званої правної конституційної держави. Загострення класової боротьби призводить до зменшення, так званих, правних гарантій і до інтенсивного зросту надзвичайних повноважень урядів, навіть в тих країнах, що завжди вважалися або проголошувалися за зразкові країни політичної та індивідуальної свободи та верховенства права.

За доби торгівельного капіталізму утворилися на руїнах феодального устрою нові національно-суверенні держави й саме поняття суверенітету, що з нього протягом століть користувалася наука про державу для зазначення одмінної та істотної ознаки держави. Торгівельний капіталізм вимагав й утворив міцну і дійсну суверенну й на деякий час абсолютну державну владу. Торговельний же капіталізм й розвиток промислового капіталізму призвели до конституційних правних обмежень державної влади в її внутрішній організації і зовнішніх стосунках, але не знищили суверенітету, і призвели врешті-решт до утворення великих капіталістичних та імперіалістичних суверенних держав і одночасно до концентрації держав зі спільними інтересами в федеративних об'єднаннях з переходом суверенітету до союзної влади. Отже, зрозуміло, що доба найвищого розвитку капіталізму в формі монополістичного фінансового капіталізму не призвела до зникнення суверенітету, як соціально політичного явища, ні правно, ні фактично, особливо суверенітету великих імперіалістичних держав, що являють головне зосередження панування капіталізму й що їхній державний апарат є провідником моці й домагань цього капіталізму. Навпаки, влада цих держав набула ще більшої моці та обсягу панування, а тому й суверенітет їх набув ще міцнішої основи для свого існування й вияву. Коли заперечники суверенітету сучасної держави посилаються на зріст значіння правних обмежень влади держави та особливо на зріст значіння міжнародного права та впливу міжнародної організації, як то Ліги Націй, і навіть вбачають в утворенні Ліги Націй утворення великої своєрідної універсальної федеративної держави і вбачають в розвитку міжнародного права утворення єдиного світового міжнародного права, що на ньому ґрунтується сама держава, то, як ми це зазначили вище, все це є надзвичайно ідеалістичне перекручування дійсності та перебільшення сучасної ролі й характеру міжнародного права в царині державних взаємин і зокрема політичної ролі й характеру Ліги Націй.

Так, юридично Ліга Націй є договірною добровільною організацією суверенних держав з дуже обмеженими компетенцією та засобами впливу на своїх, особливо великодержавних членів. Державноправного, примусового панування над державами-членами Ліги, остання не здійснює й не має, а в дійсності є організацією, що проводить гегемонію та вплив декількох великих імперіаліс-

тичних держав (Англиї і Франції). Що ж до утворення єдиного світового міжнародного права, яке, на думку деяких дослідників, навіть є тою підвалиною, що на ній, ніби, ґрунтується панування та саме державне право окремих держав, то проти цього треба зауважити, що міжнародне право ще далеко не досягло єдності та належної сили в великій частині своїх норм й саме ґрунтується на попередньому визнанні його державами й на самому факті існування суверенних держав. Зокрема правильно зазначає проф. Корецький щодо концепції єдиного світового господарської о права, що “усталення панування монополістичного капіталу, загострені протилежності інтересів різних національних капіталістичних угруповань, концентрація імперіалістично скерованого капіталу, процес індустріалізації більшості національних господарств призводять до політики замикання та послідовного протекціонізму. Якщо виправдується становлення світового права необхідністю знищити ті перешкоди, що їх утворила різноманітність правових систем для розвитку світогосподарчих відносин, то треба визнати, що різноманітність норм, яка відбиває різницю існуючих систем (економічних, отже й правових) та особливості політики, є ще невинною перешкодою для розвитку торговельних відносин заінтересованих груп, порівнюючи супроти тих реальних перешкод, що їх ставлять зараз окремі держави на шляху цих відносин”<sup>1</sup>. До того ж треба додати, якщо дійсно утворилося б таке становище, що всі окремі держави були охоплені єдиною міжнародною організацією, що позбавила би їх права й змоги цілком самостійно керувати в межах своєї території, тобто позбавила би їх суверенітету, то не зазначало би не зникнення суверенітету взагалі, а лише у цих окремих держав, а над ними утворилася би універсальна й суверенна держава, що її складовими частинами були б колишні суверенні й несуверенні держави. Суверенітет залишився би, таким чином, лише у цієї одної складної держави, але разом з тим зникло би міжнародне право: відносини в цій великій універсальній державі визначалися б лише державним правом, що регулює відносини субординації й панування.

Суверенітет, як явище соціально-політичного життя, буде існувати, доки існуватиме держава. Одмирання держави буде й одмиранням суверенітету.

#### IV. ПИТАННЯ ПРО СУВЕРЕНІТЕТ ЯК ВІДМІННУ ОЗНАКУ ДЕРЖАВИ.

Держава є організація примусового класового панування на певній території, що, за поясненням Енгельса, відрізняється від родових організацій розподілом підлеглого їй населення за територіальною ознакою, утворенням відокремленої від населення влади з озброєною силою, що нею розпоряджається бюрократія, як і стяганням податків.

Держава, таким чином, є владна організація, де політично примусове па-

---

<sup>1</sup> Проф. В. М. Корецький. Очерки международного хозяйственного права, 1928 р., в. 1-й, стор. 131—132.

нування зосереджено у найміцнішого в економічному відношенні класу, що підкоряє собі та експлуатує інші класи.

Держава, зазначав Ленін, є особлива організація насильства для подолання якого-небудь класу, і лише пролетарська держава є така класова організація панування, що, за висловом В. І. Леніна, організована “для подолання експлуататорів й для керування великою масою населення в справі налагодження соціалістичного господарства”<sup>1</sup>.

Зазначене марксістське визначення держави пояснює соціальну природу держави та її влади й чим вона відрізняється від родових та сімейних організацій. Своїм загальним примусовим пануванням держава відрізняється також від тих суспільних організацій, що збудовані на принципах добровільної участі членів в складі цих організацій для здійснення тої або іншої окремої мети.

Але чим же держава відрізняється від таких організацій, що також являються територіальними організаціями примусового класового панування, як то провінції, комуні та інші територіальні автономні організації панування, що уводяться до складу держави або належать до неї, як її колонії”? Пануюча ще від часів Ж. Бодена до останньої чверті XIX століття політична доктрина визнавала відмінною ознакою держави суверенітет.

Відповідно з тим і поняття держави визначалося, як суспільний територіальний союз суверенного примусового панування. Допускаючи навіть існування держав з поділенням, зменшеним, відносним суверенітетом, але, як показують самі ці назви, суверенітет вважалося за той основний критерій, що із нього виходили, визнаючи державний характер певних організацій панування. Утворення нових державних федеративних організацій в Америці й Західній Європі, що їх складові частини були державами, які ввійшли до складу федерації, але й у федерації зберегли певні риси, що істотно відрізняють їх від звичайних провінційних частин держави, викликали, як це вже вище зазначено, в Німеччині посилене дослідження проблеми про відмінну ознаку держави, що відрізняє державу від інших територіальних організацій панування провінціального або недержавного характеру.

Цією ознакою одні визнавали певну мету, що здійснює держава, а саме, що держава здійснює, ніби, всебічну універсальну мету, проте, провінціальні організації переслідують лише мету, обмежену державою (німецький вчений Брі), або що держава переслідує національні, а не місцеві інтереси (німецький вчений Розін); далі визнавали такою ознакою те, що держава є організацією територіального панування суверенного, або хоч і не суверенного, але такого, що визнано міжнародним правом, що держава є організація, що визнана та з'являється суб'єктом міжнародного права, має міжнародноправну особовість (Рем); або визнавали ознакою держави виключну здатність держави, як най-

<sup>1</sup> *Ленін. Держава й революція* (збірник статей й промов Леніна про державу з передмовою М. Скрипника 1924 рік, стор. 50 і 63).



вищої територіальної корпорації, цілком самостійно розпоряджатися своєю територією аж до цілковитого її перивласнення і ліквідації, таким чином, самої держави (Прейс).

Всі ці теорії є занадто не задовольняючі й не визначені, не дають виразного масштабу для розпізнавання держави й, крім того, помилкові по суті тому, що, незалежно від зміни мети, що до неї прямує держава в часі й просторі, мета, що її здійснюють держави, часто-густо нічим не відрізняється від мети, яку здійснюють провінціальні організації<sup>1</sup>.

Але в німецькій доктрині державного права було висунуено ще одно вчення про відмінну ознаку держави, а саме, що держава відрізняється від провінціальних організацій завжди недеделогованістю, первісністю своєї примусової влади, а саме тим, що основа панування держави фактично й правно лежить в ній самій, ґрунтується в її власній моці й визначається її власним правом, а не владою і правом іншої організації. Ця остання доктрина дуже поширена в Німеччині, поширена тепер в доктрині інших країн. З нею можна погодитися тому, що вона найбільш відповідає політичному життю.

Проте, один із видатних представників наведеної теорії первісності, або недеделогованості державного панування, як відмінної ознаки держави, Єллінек, сам підтверджує, що таке поняття держави, як саме первісного панування, є придатне лише для сучасних держав, а не для держав античних й середньовічних тому, що не можна на підставі віддалених одна від одної епох утворювати правні поняття й складати конкретні правні уявлення. Щоб уникнути багатьох даремних суперечок, треба мати на увазі, зауважує Єллінек, що держава має динамічну природу<sup>2</sup>.

Звичайно, держава має динамічну природу, але коли ми відносимо таке певне історичне явище, як держава, не зважаючи на всі історичні зміни його характеру та структури, до категорії держав, визначаємо його поняттям держави, відрізняючи його тим від інших, хоч і однорідних, явищ, то для того треба встановити або знайти таку характерну рису або відмінну ознаку, що дає підставу для віднесення тієї або іншої суспільної організації панування до держави.

Дійсно, що визнання первісності та недеделогованості влади відмінною ознакою держави не цілком відповідає відносинам середньовіччя й доби станової монархії, тобто того часу, коли багацько територіальних союзів й станові організації мали владарські права, що виникли незалежно від делегації з боку центральної державної влади; але це була доба роздрібнення державних повноважень і самої державної організації, захоплення державних повноважень з боку різних феодалів та організацій. Проте, й треба зазначити, що й ці організації з первісним пануванням одержували пізніш зі зміцненням центральної влади держави від свого суверена визнання своїх прав і одержували державну санкцію

<sup>1</sup> Див. про ці та інші теорії та їхню критику в моєму творі "Суверенітет" 1903 р. стор. 550 і далі.

<sup>2</sup> *Jellinek. Allg. Staatslehre, 1900, стор. 446.*

або деяким чином делегацію своїх прав та привілеїв, як складові провінціальні частини держави.

Власне, й визнання первісності або недеделогованості примусового панування відмінною ознакою держави, а також відповідно й визнання такою ознакою права держави самостійно. хоч би в основах визначати своє панування в конституції, є по суті визнанням ознакою держави суверенітету або, принаймні, наявності такої влади, що наближається до суверенної. Тому таку владу і називали зменшеним, неповним чи відносним суверенітетом. Ясно, що первісність або недеделогованість влади та її право хоч в основах визначати свою конституцію вказує певний ступінь самостійності влади даної організації, що відрізняє її від позбавленої такої самостійності звичайної провінціальної організації, наближаючи до суверенної держави<sup>1</sup>.

Державу завжди визнавалося більш-менш самостійною організацією панування, що не є складовою частиною інших організацій, або, хоч би й була такою, все ж зберігає, не зважаючи на свою підпорядкованість вищій організації панування, певну самостійність в основах влади, певну власну владу, а тому й свої повноваження, бодай обмежені утворювати свою конституцію. Найвищий же ступінь самостійності держави і є суверенітет. Суверенітет саме й є найвиразнішою відмінною ознакою держави і такою ж ознакою держави, хоч і менш виразною, є недеделогованість, первісність влади примусової територіальної організації панування. Ця ознака виявляється в спроможності держави утворювати свою конституцію, визначати в своїй конституції основи свого панування та організації, хоч як це ми бачимо в союзних державах, за певними умовами (арт. 17 констит. Німеччини, арт. 5 і 6 констит. Швейцарської конфедерації і § 4, арт. 4 конституції Сполучених Штатів Америки).

Таким чином, суверенітет не належить необхідно державам; існують і не-суверенні держави. Але, як це ми зазначали вище, доки існує держава, як явище спеціально політичного життя, суверенітет, як вищий стан такого державного панування в межах державної території та незалежність від іншої влади, необхідно буде належати тій або іншій державній організації.

Суверенітет нині не тільки не зник, як це пробують довести деякі течії в сучасній літературі державного і особливо міжнародного права, але залишився й нині найвиразнішою, хоча й не необхідною, ознакою державності певної територіальної примусової класової організації, що на неї орієнтується, свідомо або несвідомо, сучасна доктрина, визначаючи відмінну ознаку держави.

---

<sup>1</sup> Г. В. Александренко в своїй праці "Автономні республіки та автономні області в Союзі РСР", 1928 р., стор. 40 і далі неточно називає відмінну правну ознаку держави "правом самоорганізації". Звичайно, що право самоорганізації в певних межах має або може мати і провінціальна та комунальна організація. Проте, сам автор далі зазначає, що "право самоорганізації" є в тому, що територіальне формування за даного історичного моменту має право встановляти, хоч і в певних межах основи своєї організації". Суть, значить, полягає не в праві просто самоорганізуватися, а в змозі й в праві визначати основи своєї влади, в недеделогованості влади.

## НОРМАТИВНЫЙ ХАРАКТЕР ПРАВА И ЕГО ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ<sup>1</sup> (упорядник О. Малишев<sup>2</sup>)

На языке народа, в общезнании, слово “право” и соответствующие ему термины в иностранных языках употребляются в весьма разнообразных значениях. С этим словом соединяют обыкновенно представление о должном, как справедливом, правильном (отсюда и прилагательные: “правый”, “прав”) в человеческих отношениях, или о чем-то властном, правящем человеческими отношениями, регулирующем их (от слова “править”). В общем, таким образом, под словом “право” разумеют известный порядок в людских отношениях, причем часто совершенно не различают, основан ли этот порядок и вытекающие из него полномочия и притязания (которые также называют правом) и соответствующие обязанности на религиозных, нравственных предписаниях (смешение права с религией и нравственностью), на каких-либо других условных правилах поведения в обществе (так называемые конвенциональные правила, правила приличия, простые обычаи) или же они имеют в своем основании отличные от них, своеобразные, правила, нормы человеческих отношений. Часто мы видим далее отождествление порядка отношений, называемого правом, с законами природы, с природными свойствами человеческого существа и даже животных (физической силой, право жить, дышать, указываемое Спинозой, право крупных животных уничтожать мелких, право рыб плавать и т. д.). Знаменитый ответ вождя галлов: “я ношу свое право на острие своего меча” представляет собою классический образец отождествления права, с материальной силой и насилием, которое мы весьма часто встречаем в истории представлений о праве. История философии права дает нам самые любопытные образцы смешения самых разнородных элементов в одном злосчастном понятии права, представляющем, таким образом, как бы некий рог изобилия, из которого сыплются всевозможные положительные и отрицательные дары природы или, вернее, человеческого воображения. При таких условиях неудивительно, что для многих понятия права остается до сих пор каким-то сфинксом и даже своеобразным двуликим Янусом, одно лицо которого отражает в себе совершенство мирового разума (так называемое естественное право), а другое, увы, запечатлело все человеческие недостатки, невежество, насилие и произвол (так называемое положительное право). Если исходить из такого смешения понятий, то, конечно, устраняется всякая возможность дать такое определение права, которое могло бы иметь какую-нибудь научную ценность, быть критерием, позволяющим от-

---

<sup>1</sup> Друкується за виданням: *Палиєнко Н. И.* Нормативный характер права и его отличительные признаки // *Временник Демидовского юридического лицея.* – Кн. 91. – Ярославль: Типография губернского правления, 1906. – С. 1–58.

<sup>2</sup> Олександр Малишев – к.ю.н., науковий співробітник відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В.М. Корещького НАН України.

личить право от других явлений, не только родственных, но и разнородных<sup>1</sup>. Эта неопределенность понятия права и двусмысленность его терминологии объясняется не только обычными логическими ошибками человеческого мышления<sup>2</sup>, но в значительной степени является результатом переживания понятий и терминологии того времени, когда относительная самостоятельность и обособленность различных явлений природы и общественной жизни не могли найти еще признания в слабо развитом или невооруженном надлежащими научными данными сознании человечества<sup>3</sup>.

Если мы желаем дать научное определение права, мы должны разобраться в тех явлениях, которые подводятся под понятие права, выделить из них те, которые существенно отличаются своими признаками от явлений, относимых бесспорно к другим областям, и включить затем существенные отличительные признаки этих явлений в их обобщенное определение. Тогда лишь то, что мы назовем правом, будет действительно заслуживать особой, специальной терминологии, и к нему не может быть отнесена терминология, применяемая к другим, отличающимся от него явлениям, например, нравственности, религии, простым обычаям и т. д.

Благодаря такому определению, мы получим ясное представление о специальном предмете правоведения и руководящее начало, препятствующее нам смешивать область права с областью, хотя бы даже и родственных, но все же отличных от него явлений.

Такие отличительные признаки, позволяющие выделить некоторые явления, уже давно в народном языке и общежитии называемые правом, в особую группу и назвать правом в строгом смысле слова, представляют собою, как мы постараемся доказать, лишь те установившиеся в обществе, своеобразные обязательные правила человеческих отношений, которые уже давно принято относить к так называемому положительному праву, и основными формами которых являются обычное право и законы. Мы постараемся далее показать, что таких отличительных признаков не имеют, напротив, те весьма разнообразные суждения, которые подводятся иными под понятие так называемого “естественного права” или рационального права.

При этом необходимо заметить, что понятие права может быть выведено именно индуктивным путем, посредством анализа и сравнения со всякими другими нормами тех своеобразных объективных правил, норм, которые называют правом в объективном смысле.

Что же касается регулируемых этими нормами отношений, связей между

---

<sup>1</sup> См. также о разнообразных значениях популярного термина “право” у Лассона: Система философии права. Предмет философии права и история философии права (перевод под нашей редакцией стр. 2 сл.).

<sup>2</sup> О них см. Милль: Система логики 1867 т. II стр. 385 сл.  
Ср. также Петражицкий: Очерки философии права 1900 стр. 1 сл.

<sup>3</sup> Ср. также Шершеневич: Курс гражданского права т. I стр.1 сл.

субъектами, выражающихся в известных полномочиях, притязаниях, а равно соответственных им обязанностях, то они имеют юридический характер, являются правовыми, лишь постольку, поскольку они вытекают из применения норм права к определенным субъектам, соответствуют именно этим юридическим нормам и основаны на них (так называемое право в субъективном смысле). В этом смысле субъективное право может быть названо правом лишь в производном смысле слова, так как право в основном значении составляют нормы. Если мы обратим внимание на разнообразную массу норм, правил должного, определяющих порядок человеческих отношений в обществе, мы заметим, что среди них выделяются своеобразные нормы, которые отличаются существенно от всякого другого рода норм и представляют особую разновидность этических норм в широком смысле слова. Эти-то нормы и составляют право. Что право представляет собою именно нормы, в настоящее время признается огромным большинством ученых<sup>1</sup>. Те ученые, которые утверждают, что первоначально право возникает прежде всего не в виде норм, а в виде субъективных полномочий, притязаний и обязанностей (приоритет так называемого субъективного права), не дают себе ясного отчета в том, на чем же именно основываются эти субъективные притязания и обязанности. А таким основанием и являются именно образовавшиеся правила отношений, общие суждения о должном, хотя бы они еще не ясно сознавались отдельными личностями и различные нормы должного, религиозного, этического и правового характера, не различались еще в сознании их носителей. Совершенно справедливо замечает поэтому В. С. Соловьев, что “человеческая общественность в самых первых своих начатках уже обладала объективно определенными, хотя и субъективно безотчетными правовыми нормами”<sup>2</sup>. Поэтому так называемое субъективное право необходимо предполагает существование объективного права, правовых норм.

Некоторые, кроме права в объективном смысле, т. е. норм, и права в субъективном смысле, стремятся установить еще особое более обширное понятие права, как общественного порядка в смысле “известным образом урегулированного, нормированного поведения людей в обществе”<sup>3</sup>. Тут, очевидно, смешивается юридический быт с правом. Общественный быт, регулированный правом, подводится под понятие самого права. Против этого следует заметить, что именно в нормах, известным образом регулирующих поведение людей в общечеловеческой жизни, а не в самом этом поведении, представляющем лишь осуществление или нарушение права, и заключается понятие права. Выше же указанное определение права, как “известным образом нормированного поведения людей” в сущности сводится к логически неправильному и не отвечающему на

<sup>1</sup> См. также *Шершеневич*: Курс русского гражд. права т. I.

<sup>2</sup> В. С. Соловьев: *Право и нравственность* 1899 стр. 2.

<sup>3</sup> Например проф. *Залесский*: *Лекции энциклопедии права* 1903 стр. 56.

вопрос “что такое право”, определению: право есть нормированное правом поведение людей. Итак, право – нормы. Нормы эти не представляют собою лишь отвлеченное суждение о должном, но имеют активный, волевой характер, предназначены к обязательному фактическому применению, осуществлению в действительной общественной жизни являются требованиями обязательного соблюдения указываемого в них порядка в жизни. Этот двойной характер права прекрасно выясняется известным немецким ученым Георгом Еллинеком.

В своем труде “Право современных государств” Георг Еллинек, указывая, что правоведение является наукой нормативного характера, так как право представляет собой определенного рода нормы, правила долженствования, замечает: “Право ведет двойную жизнь. С одной стороны, поскольку оно фактически применяется, право является одной из социальных сил, воздействующих на конкретную жизнь народа; с другой стороны, оно является совокупностью норм, предназначенных к осуществлению, к переходу в действие.

В этом последнем смысле право принадлежит не к области бытия, но долженствования и состоит из понятий и положений, которые дают не познание действительности, но ее оценку, суждение об ней<sup>1</sup>.

Правоведение поэтому является нормативной наукой, подобно тому как и логика, которая учит нас не тому, как существуют вещи, но как они должны быть мыслимы для достижения свободного от внутренних противоречий познания их.

Хотя действительность есть предположение права и почва, на которой оно постоянно должно испытываться, но право само по себе имеет, говорит Еллинек, идеальный характер, правовая норма, как таковая, существует только мысленно.

Суждения, добытые при посредстве юридических норм, знакомят нас не с сущностью вещей, но с отношением их. Они поучают нас познавать отношения действительности к норме. “Право и неправое не суть свойства, присущие вещам, но только отношения”<sup>2</sup>.

Воззрение на право как на нормы в существе очень старо, но философски обосновано было Кантом и получило дальнейшее развитие у неокантианцев. Но точка зрения Канта на право, как известно исходила из априорного принципа свободы воли и категорического императива разума. Право у него было лишь чисто отвлеченным, формальным началом, правом разума (Vernunftrecht).

Положив в основание своего учения об этике, о нормах должного, априорный принцип свободы воли и закон всеобщего долженствования, категорический императив практического разума, предписывающего свободной воле свои

---

<sup>1</sup> Волевой характер этих норм, на который здесь Еллинек не указывает, мы пока оставляем в стороне, точно также вопрос о том, что нормы права представляют собой не одно только суждение и оценку действительности, но веления, с которыми должны соотноситься те, к кому эти веления относятся.

<sup>2</sup> *Jellinek: Das Recht des modernen Staates* 1900. Т. 1 стр. 123.

ограничения, Кант старался вывести из них и взаимно разграничить понятия морали и права как абстрактные, формальные начала чисто априорным путем независимо от изучения проявления правовых норм в жизни, реальных условий жизни и фактических отношений, из которых черпают свое содержание все нормы долженствования, и на основе которых вырабатываются отличительные признаки и взаимное отношение различных норм должного друг к другу.

Разграничение права и морали Канту не удалось<sup>1</sup>. То же можно сказать о последователе Канта, Фихте и о последующих философских системах так называемого органического и идеалистического объективизма Шеллинга и Гегеля. Хотя последние в своих философских построениях стремились привести свои идеи в связь с объективным миром реальных отношений, но начала, из которых исходили эти философы были столь же априорны и метафизичны, как и у Канта. Современная наука прежде всего не Может принимать каких-либо бездоказательных априорных положений и игнорировать данные опыта и наблюдения. Конечно, право, как и все нормы, правила должного, нельзя отождествлять ни с фактами действительной жизни, ни с естественными законами, с законами в научном смысле слова. Последние являются принципами, общими суждениями, выражающими действительную и необходимую связь и зависимость (причинность) между явлениями мировой жизни и в том числе общественными. Право же, как и все нормы, не объясняет действитель-

---

<sup>1</sup> Ср. также *Aguiléra*: “L’idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu’à nos jours. 1893 стр. 51–54 и стр. 72–127.

В частности, по поводу мнения П. И. Новгородцева, что субъективизм правового учения Канта и объективизм Гегеля представляют два классических типа этической мысли, взаимно восполняют друг друга и в этом восполнении представляют цельную этическую, систему (*Новгородцев*: Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. 1901 г. стр. 244) см. критику *Л. И. Петражицкого* в журнале “Право” за 1902 г. № 42 и 43 в ст. “К вопросу о возрождении естественного права и нашей программе”, доказывающего, что нравственные и правовые учения Канта и Гегеля находятся наоборот в резкой коллизии и исключают друг друга, и что они далее непригодны для обоснования правильного научного воззрения на право. Соглашаясь вполне с последним мнением г-на Петражицкого, мы не можем присоединиться к другому его утверждению, будто системы Канта и Гегеля находятся друг с другом в резкой коллизии. Эти системы, конечно, различны по своему построению и замыслу. Самое резкое отличие Гегеля от Канта заключается в отождествлении логических форм мышления с законами бытия и этической идеи долженствования с действительностью, что наоборот резко разграничивает Кант, но в своем этическом учении Гегель исходит, как и Кант, из априорного начала разума и самоопределяющей свободной воли личности. Он стремится лишь связать это субъективное начало с объективным мировым началом, как диалектически развивающейся абсолютной идеей. Подобно Канту, Гегель видит в праве и государстве осуществление абсолютных начал разума и свободы; и если объективизм Гегеля приводит его к поглощению субъективного начала объективным и преклонению перед действительностью государственной жизни то и субъективизм Канта не помешал ему прийти к заключению, что безусловное повиновение и преклонение перед волей государственной власти, какова бы она не была, составляет священную обязанность гражданина и категорическое предписание самого разума, так как власть эта призвана осуществлять законы этого разума в общественных отношениях.

ности, а является только правилами, нормами, выражающими не необходимо существующую связь (причинность и последовательность явлений), но долговременное существование.

Здесь будет уместно вкратце указать результаты весьма интересного и глубокого исследования известного современного философа Вильгельма Виндельбанда о соотношении норм и законов природы<sup>1</sup>. — На основании законов природы, говорит он, мы объясняем факты, на основании норм мы их одобряем или осуждаем. Законы природы принадлежат познающему разуму, нормы — оценивающему разуму.

Норма никогда не может быть принципом объяснения точно также, как закон природы — принципом оценки. Однако нормы и законы природы хотя и не тождественны, но и не совершенно различны: между ним есть связь и соприкосновение. Нормы именно — особая форма проявления нашей душевной жизни, нашего сознания, ставящего цели. Они представляют собой выбор из определенных естественными законами (законами природы) возможностей и являются поэтому лишь особенной формой осуществления законов природы. Система норм — выбор из необходимого множества тех разнообразных комбинаций, в которых могут проявляться естественные законы психической жизни.

Логические нормы — выбор из возможных форм ассоциации представлений, нормы этические — выбор из возможных форм мотивации, нормы эстетические — выбор из возможных форм деятельности чувства.

То, что норму во всех случаях обращает для нас в таковую, это — отношение к цели, состоящей в общеобязательности (*Allgemeingültigkeit*). Здесь речь идет не о фактической общеобязательности, так как это было бы лишь проявлением естественно-закономерной необходимости, но о требовании общеобязательности. Мы можем следовательно точнее определить существо нормы, как той формы осуществления естественных законов душевной жизни, которая должна признаваться в предположении общеобязательности, как цели. Цель логической закономерности состоит в общеобязательной истине, т. е. в ценности, должнствующей быть всеми признанной, как различающей логические формы мышления от других возможных в естественно-закономерном процессе мышления комбинаций. То же самое повторяется в этической и эстетической закономерности. Нравственный закон требует такой мотивации, которая может быть одобрена с притязанием на общеобязательность; эстетическая норма требует такого возбуждения чувства, которое в предположении общеобязательности может характеризовать свой объект, как красивый. Таким образом нормы и законы природы — не тождественны, но и не противоречат друг другу. Представляя собою выбор из определенных законами природы возможностей, нор-

---

<sup>1</sup> *W. Windelband: Präludien II Ausgabe 1903: Normen und Naturgesetze* стр. 249—287. Русский перевод С. Франка: проф. Виндельбанд. Прелюдии. 1904 стр. 195—225.



мальное сознание не требует ни того, чтобы нечто всегда происходило именно так, как происходит теперь, ни того, что совершенно не может произойти; оно одобряет одно из происходящего и отвергает другое.

Нормы — это принципы оценки чужой деятельности и ее объектов и самооценки. При этом логические и этические нормы могут и должны быть не только принципами оценки, но у целесообразно действующего, свободно думающего и сознательно хотящего индивидуума могут быть основаниями, определяющими соединение представлений и решения воли. То, что нормы должны действовать, представляется в эмпирическом сознании как непосредственная очевидность, которая не может быть объяснена абсолютно, но просто только принята; но то обстоятельство, что нормы действительно действуют, признаются и полагаются в основу оценивающей деятельности — это факт эмпирической душевной жизни. Этот факт может быть так же объяснен, как и всякий любой факт, и поэтому не устраняется возможность рассматривать фактическое признание норм и как результат процесса естественного подбора<sup>1</sup>. Но как доказывает Виндельбанд, такое объяснение действия норм посредством естественного подбора, борьбы за существование и приспособления недостаточно, так как нормативное сознание в своем историческом движении не только сохраняется, но и растет, углубляется и облагораживается (*verfeinert*), и помимо увеличения эмпирической жизнеспособности и силы самосохранения его носителей. Поэтому, замечает Виндельбанд, нормативное сознание, как таковое, основывается на присущей ему непосредственной и самостоятельной силе, независимой от всех побочных воздействий и которая обращает совесть, раз только она вступила в действие, в самостоятельную психологическую силу, выступающую в качестве нового фактора в движении душевной жизни. Лишь имея это в виду, можно понять истинную природу и психологическое значение норм. —

В этих рассуждениях Виндельбанда<sup>2</sup> мы усматриваем вполне основательный ответ тем односторонним теориям, которые, упуская из виду психическую природу норм и общества, объясняют происхождение и развитие норм, в частности нравственности и права, исключительно внешними условиями и всецело посредством биологических принципов естественного отбора, борьбы за существование и приспособления<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Windelband*. Назв. соч. стр. 265 сл. Интересное исследование психологической природы и действия норм см. у *Петражицкого*: О мотивах человеческих поступков, в особенности об этических мотивах и их разновидностях 1904.

<sup>2</sup> Ср. также *Новгородцев*: Нравственный идеализм в философии права. Сборник проблемы идеализма стр. 264.

*В. Вагнер*: Из истории Дарвинизма в социологии (Русская мысль 1904 август).

*Кареев*: Введение в изучение социологии 1897 гл. III и XVI.

<sup>3</sup> Из новейших см. *H. Matzat*: Philosophie der Anpassung mit besonderer Berücksichtigung des Rechtes und des Staates в сборнике *Natur und Staat. Beiträge zur naturwissenschaftlichen Gesellschaftslehre* 1903. В. 1.

Мы привели эти рассуждения Виндельбанда, так как, по нашему мнению, они наиболее глубоко характеризуют не только различие, но и то, что для нас особенно важно — связь между нормами, а, следовательно, и нормами права и естественными законами. Представляя собой лишь особую форму осуществления естественных законов душевной жизни человека, право зависит и от всех тех условий, под влиянием которых развивается эта жизнь. Но раз это так, то действительная жизнь, фактические отношения во всем их разнообразии, являются необходимым предположением этих норм, почвой, на которой право дифференцируется от других норм, развивается, черпает свое содержание, и к которой оно применяется. Общие законы общественной жизни действуют и в области права. Право не выходит из пределов закономерности явлений. Право, следовательно, не может быть понято вне связи с фактами и условиями действительной жизни. Великая заслуга исторической школы права заключается в утверждении принципа закономерности в развитии права, в выяснении важности научного изучения положительного права. Великая заслуга Иеринга и дальнейшего позитивного направления в праве заключается далее в выяснении закономерного процесса развития права, в выяснении вопроса, как творческая деятельность человеческого сознания в области права необходимо обусловлена условиями, потребностями и интересами действительной жизни человека и сознательными целями, преследуемыми людьми в области общественных отношений.

Норма права не выражает собой только одно суждение<sup>1</sup>, оценку действительности или отвлеченную идею долга и обязанности, но, как веление, и как норма, обязательно применяемая к фактическим отношениям людей, находит также свое осуществление, конкретное выражение, в определенном строе отношений и учреждений в данном общественном союзе. Поэтому, хотя нормы права не дают объяснения действительности, а только оценку, указание на то, каков должен быть порядок общественных отношений, но, так как нормы права не только возникают на почве жизненных отношений, но и обязательно регулируют их, являются общественной силой, осуществляются в жизни, мы можем на основании права до известной степени судить о действительном строе отношений, существовавших в данное время или существовавших прежде. Будучи продуктом общественной жизни, право в значительной степени находит в ней свое осуществление и является в тех или других отношениях отражением самой жизни в каждый данный момент ее развития<sup>2</sup>, а также содержит в себе отпечаток пережитого прошлого.

Поэтому при посредстве права (особенно обычного права) можно судить не только о том, как должны были быть регулируемы общественные отношения в

---

*Залесский:* Лекции по энциклопедии права 1903 стр. 35 сл.

<sup>1</sup> Как это думает неправильно Zittelman: *Irrthum und Rechtsgeschäft* 1879 г. стр. 222–223.

<sup>2</sup> Ср. *Tarde: Les transformations du droit* 1893 стр. 203 сл.

такое-то время, но и в известной мере о том, каковы они действительно были. Вот почему и пожелтевшие уже от древности пергаменты с написанными в них старинными законами являются в связи с другими источниками важным средством к восстановлению картины жизни уже давно сошедших с лица земли народов.

Зарождаясь вместе с первыми общественными группами на земле, право изменяется и развивается по мере развития этих групп, определяя и направляя взаимные отношения членов каждой группы и отдельных общественных групп между собой. Представление о каком-то неизменном и абсолютном праве природы и разума, о естественных, неотчуждаемых, прирожденных правах человека, которое мы встречаем в учениях естественного права еще с древних времен, и которое торжественно провозгласила вслед за североамериканскими биллями о правах знаменитая французская декларация прав человека и гражданина, является чисто априорной предпосылкой, иллюзией политических мечтателей и плодом чисто метафизических размышлений, совершенно не считающихся с фактами действительной жизни или с данными истории. Смысл этих деклараций заключается в протесте против мрачной действительности, против деспотизма власти, в стремлении охранить элементарные условия развития личности, но принципы, положенные в основу этого протеста, иллюзорны.

Существование права предполагает у людей сознание их взаимных прав и обязанностей; могло ли оно быть в том диком состоянии, в котором жил первобытный человек, жизнь которого ничем не отличалась от жизни диких зверей.

Инстинкт самосохранения и голая сила, война всех против всех “*bellum omnium contra omnes*”, в которой человек человеку — волк, как выражался когда-то Гоббес, только и могли быть решающими факторами в той обособленной, одинокой, дообщественной жизни, которую вел первобытный человек.

Говорить логично о существовании права в такое время может лишь тот, кто смешивает право с простыми природными свойствами или с физической силой. В таком смысле, например, говорили софисты о праве сильного, а Спиноза в 17-м веке писал даже о естественном праве рыб плавать и праве крупных рыб пожирать мелких<sup>1</sup>.

Фантастический золотой век господства естественного права в дообщественном состоянии, так вдохновлявший Жан-Жака Руссо и других идеалистов школы естественного права, был веком полного бесправия и господства грубой силы, царством ничем не умеряемой беспощадной борьбы за существование с девизом “горе слабым и побежденным”.

Но эта самая борьба за существование вынуждала людей соединяться в группы, в союзы, так как инстинкт самосохранения мощно указывал людям на

<sup>1</sup> У некоторых же писателей так называемое первоначальное естественное право было сознательной фикцией, которую они принимали для облегчения построения своих правовых систем.

необходимость сплочения, соединения в союзы, для более успешного ведения борьбы и для самозащиты. Но такое соединение требует уже известных взаимных уступок, признания взаимных интересов, хотя бы некоторого замирения борьбы. Будет ли это муравейник, пчелиный улей, стая птиц, стадо зверей или орда кочевников, или даже союз временно сожительствующих мужчин и женщин, все такие соединения, как справедливо замечает М. Ковалевский, являются до известной степени замиренными группами, в которых борьба заменяется большей или меньшей солидарностью, сознанием общности интересов и взаимной зависимости членов группы друг от друга<sup>1</sup>. Этим обуславливается образование известных общих правил поведения в такой группе. Но должно заметить, что борьба эта не прекращается. В самой такой замиренной группе продолжает существовать различие интересов: на почве постоянно изменяющихся условий, интересов и потребностей жизни, постоянно возобновляется и продолжается коллизия интересов, которая требует постоянно нового приспособления к жизни, новых уступок и компромиссов, и, следовательно, постоянного образования и развития общих правил, норм, регулирующих взаимные отношения людей. Но помимо такого стремления людей соединяться в союзы с целью обеспечить свою безопасность и улучшить условия борьбы за существование, самая физическая и духовная природа человека влечет его к общению с другими людьми и, следовательно, к образованию в его сознании норм, определяющих это общение. Взаимное природное сходство, стремление полов друг к другу, чувство симпатии, постепенное разделение труда и то стремление к общественности, которое подметили еще Аристотель, Цицерон, Гуго Гроций и целый ряд выдающихся мыслителей различных веков, неодолимо влекут людей к взаимному общению и соединению в союзы<sup>2</sup>. Путем естественного размножения, добровольного присоединения новых членов, соединения различных групп, или даже насильственного подчинения одних лиц другим, одной общественной группы другой, первоначальные небольшие семейные и родовые союзы и первоначальные общины расширяются постепенно в обширные общественные союзы. С развитием и умножением отношений и с ростом культуры простая организация первоначальных союзов преобразовывается в сложную правовую государственную и, наконец, международную организацию.

Таким образом, еще в человеческих группах, предшествующих образованию государства, возникают нормы поведения, в том числе и право, еще ничем не отличающееся вначале от нравственности и религии. Правилам, регулирующим общественную жизнь, приписывают божественное происхождение (Θέμιςτες у Греков, Fas у Римлян).

<sup>1</sup> М. Ковалевский Сравнительно историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. (Сборник по обществ. юрид. наукам вып. I 1899 стр. 3).

<sup>2</sup> Ср. также G. Tarde: Les Transformations du droit 1893 chap. I.

При господстве культа предков<sup>1</sup> в ранний период истории человечества на право смотрят как на священный завет предков, хотя в действительности в основе тех или других норм права лежат третейское решение, вызвавший подражание приговор стариков — родственников и так называемых добрых, лучших людей, или обособившихся в самостоятельную касту волхвов и кудесников.

Так образуются еще в ранний период общественной жизни известные правила, регулирующие взаимные отношения людей.

С дальнейшим развитием общественной жизни нормы ее регулирующие дифференцируются, воззрение на право все более отрешается от сверхъестественного источника его происхождения, все более выясняется его характер, его земной, внешний источник и отличие от других норм. Право постепенно обособляется от других норм должного: религии (римское *fas* и *ius*), морали, нравов.

Некоторые самой общественной жизнью, в значительной степени путем судебных решений, выработанные нормы мало по малу признаются в обществе безусловно обязательными, независимыми в своем применении от воли отдельных лиц. Образуется обычное право. Мы увидим ниже, как это происходит.

С развитием государственной организации нормы, издаваемые организованной общественной властью, делаются главной формой права. Нормы эти — законы все более заменяют действие норм обычного права, хотя и не могут вполне заменить последние или устранить их действие.

Итак, право не представляет собой какое то неизменное начало, врожденное человеку правило, но правила человеческих отношений, которые постоянно развиваются, постоянно вырабатываются и изменяются вместе с развитием и изменением жизненных условий и фактических отношений людей в обществах, т. е. в группах людей, связанных между собою солидарностью, т. е. сознанием общности интересов и взаимной зависимости друг от друга.

Человек естественного состояния с природными идеями и правом, независимым от общества, как учили многие представители школы естественного права, никогда не существовал. Говорить о таком состоянии тем более гадательно, что историческая наука, проникшая даже в самые отдаленные времена жизни рода человеческого, не находит совершенно изолированно живущего человека, но людей живущих уже в тех или других общественных группах т. е. не “естественного”, но “общественного” человека”, а современная психология не признает существования врожденных идей<sup>2</sup>.

И сам человек в огромной степени — произведение социальной жизни. С колыбели до гробовой доски является он творением не только сил природы, но он воспринимает, в нем отражаются и живут чувства и идеи окружающих

<sup>1</sup> О нем см. Мэн: Древний закон и обычай 1884 стр. 39, Ковалевский: Назв. соч. стр. 3; *Fustel de Coulanges: La Cité antique.*

<sup>2</sup> См. *Ribot: La psychologie des sentiments.*

его людей и целого ряда поколений. Чувство и идеи давно оставивших этот мир передаются и нам путем традиции и культуры, как наследие прошлого; и мертвые как бы живут в нас.

Жизнь каждого лица тесно связана с условиями жизни той общественной среды, которой он вольно или помимо воли, например, в силу факта рождения, является членом. Религия, мораль, право, экономические условия жизни, вся культура вообще, весь строй жизни народной, мощно влияют на внешнюю и внутреннюю сторону жизни человека.

Но личность не есть простое орудие общества. В свою очередь явления общественной жизни находятся в известной зависимости от отношения к ним людей. Общественный строй и правовой порядок, конечно, слагаются и под влиянием факторов, независимых от человеческого разума и воли, но, с другой стороны, в развитии общественной жизни значительную роль играет человеческое сознание и воля, направленная на достижение тех или других целей. Общественная жизнь слагается из взаимодействия идей и деятельности массы отдельных личностей и поэтому мы можем согласиться с г. Коркуновым, что “общественное развитие представляет равнодействующую разнообразных стремлений отдельных личностей (активное начало), испытывающих, так сказать, трение об исторически установившийся общественный строй (инертное начало), придающий общественному развитию характер последовательности и исторической преемственности”<sup>1</sup>. Но каждая личность в силу особенностей своего физического и психического склада, особенностей, обусловленных целой массой разнообразных факторов, определяющих ее развитие, представляет в обществе нечто самостоятельное и не может вполне гармонировать с тем строем, который явился как бы средним результатом взаимодействия тех факторов, среди которых она сама по себе играет обыкновенно весьма малую роль. Отсюда протест личности против существующего строя и ее стремления к иному порядку и праву, несовпадение ее норм с нормами данного общества, и желание влиять на изменение общественного строя соответственно с ее идеалами, потребностями и воззрениями. Таким образом, личность служит фактором в дальнейшем развитии общественной жизни. То же, конечно, происходит и в области права. Право касается самых важных сторон человеческой жизни. Люди, поэтому, не могут оставаться равнодушными к нему и стремятся влиять на его изменение и развитие — этим объясняется творческая роль общественного сознания и общественных идеалов в правообразовании. Но этим также объясняется и то, что люди далеко не всегда остаются беспристрастными наблюдателями в области права и склонны в суждения о существе права вносить свои личные симпатии и антипатии, искать скорее свои идеалы, а не опираться на обширный положительный материал, даваемый историей и жизнью, и, когда заходит речь о понятии права, мы видим или целый ряд чисто метафизических

---

<sup>1</sup> Коркунов. Лекции по общей теории права 1894 стр. 225.

блужданий ума даже лучших представителей человеческой мысли, или же крайние субъективные, односторонние воззрения на него. Достаточно вспомнить, что анархисты и часть социалистов видят в праве лишь насилие, в то время как многие писатели иного направления, напротив, идеализируют его и определяют право, как нормы свободы, нормы справедливости и т. под. На вопрос, что такое право, отвечают лишь, чем оно, по их мнению, должно быть.

В жизни же правовые нормы бывают и тем и другим; вопрос о том: о каких именно правовых нормах идет речь и какой нравственный масштаб применяют к их оценке<sup>1</sup>.

Но если мы желаем выяснить понятие права не а priori, а на твердом основании, мы должны строго держаться положительного материала, доставляемого нам многовековой жизнью человечества, и выяснить понятие права, его признаки, на основании изучения характера тех норм, которые в человеческих обществах всегда признавались правом и действовали, как таковое, в форме обычного права и закона, существенно отличаясь по своему характеру от всяких других норм.

Как и все этические нормы, право представляет собой своеобразные правила, определяющие должный порядок человеческих отношений. Поскольку известная норма или правило должного, определяющее поведение личности, является ее индивидуальным представлением или убеждением, мы говорим о внутренней (интуитивной), субъективной норме; поскольку же норма должного дается извне, т. е. должный порядок отношений личности определяется правилами или нормами, исходящими от других личностей, общественной группы или организованной общественной власти, — такая норма является объективной, внешней нормой должного.

Действие норм заключается в мотивировании нашего поведения. Для действия на нас внутренней нормы должного нет надобности, чтобы она получила какое-либо выражение во внешнем мире. Для этого достаточно одних внутренних, психологических, законов нашего существа. Чужая же для нас, внешняя норма может оказать на нас действие лишь в том случае, если она нам стала известна, и кроме того обладает достаточной авторитетностью, чтобы воздействовать на нас, на нашу волю.

Прежде всего необходимо, чтобы такая чужая норма была так или иначе обнаружена, т. е. выражена в словах или в фактах. Следовательно, для того, чтобы внешняя норма могла служить более или менее постоянным правилом, регулирующим наше поведение, она должна установиться, позитивироваться, т. е. получить какое-либо твердое, срочное внешнее выражение, быть объявленной, записанной (писаное право) или постоянно применяться во внешней жизни, т. е. найти себе постоянное выражение в фактах (обычное право, общественная

---

<sup>1</sup> См. перечень различных взглядов на право у *Lasson*: System der Rechtsphilosophie 1882 стр. 28 сл.

мораль, общественные нравы). Внутренняя, интуитивная норма может объективироваться, т. е. сделаться внешней нормой для поведения других людей, если она позитивируется, т. е. получает более или менее твердое, постоянное выражение во внешнем мире. В этом и заключается так называемое объективирование и позитивация нормы.

Внешние нормы должного руководят поведением человека, оказывают воздействие на его волю, или потому, что совпадают с его внутренними нормами, т. е. согласуются с его личными убеждениями, или же, когда внутренняя и внешняя нормы расходятся, человек может подчиниться последним, хотя бы против своего личного убеждения, вследствие необходимости или разного рода соображений целесообразности (пользы). И тем и другим способом могут действовать на человека все внешние общественные нормы должного — религия, мораль, право и так называемые нравы, — светские правила. Человек их исполняет или в силу личного убеждения в их правильности, или же из опасения нежелательной реакции раздраженной и оскорбленной общественной среды.

Отсюда уже видно, что нельзя считать, как это делают многие, так называемое психическое<sup>1</sup> и даже физическое принуждение<sup>2</sup> отличительным признаком одних правовых норм, так как психическое и физическое принуждения могут сопровождать действия всякой общественной, внешней нормы должного, а не только права. Наконец, необходимо отделять принуждение, как защиту нормы, от самой нормы.

Действие внешней нормы на отдельную личность, независимо от внутреннего достоинства, убеждающей силы нормы, тем сильнее, чем большим уважением, силой или властью пользуется тот внешний авторитет в обществе, та личность или группа лиц, которые ее признают. Если мы обратим внимание на действие внешне-авторитетных норм, то мы заметим, что некоторые из этих норм оказывают воздействие на нашу волю и исполняются нами не потому, что какой-либо внешний авторитет признает для нас безусловно обязательными эти нормы и велит нам исполнять их помимо нашей воли и убеждения, а просто потому, что неисполнение таких норм поставит нас фактически в дисгармонию с той средой, которая их признает; другими словами, не исполняя этих норм, мы не нарушаем чьих-либо безусловных требований или приказов, а оскорбляем только нравственное, религиозное чувство и убеждение тех лиц, которые признают эти нормы. Какие последствия может вызвать для нас такой разлад между нашими убеждениями и действиями с убеждениями и действиями других лиц, общественной среды, это вопрос факта. Общественная реакция против нас может выразиться в отчуждении от нас близких лиц и общества и даже применении насильственных мер со стороны той или другой оскорбленной нами части общества, как это случается даже между иными спорящими, кото-

<sup>1</sup> Напр. *Шершеневич*: Определение понятия о праве, 1896.

<sup>2</sup> Начиная с Томазия, Канта, Фихте, Иеринга, весьма распространенная в литературе теория принудительности правовых норм.



рые для защиты своего мнения прибегают как к *ultima ratio* и к физическому насилию над не соглашающимся с ними; но как в последнем случае нельзя еще сказать, что столь ярый спорщик желает приказать своему противнику думать и поступать согласно с отстаиваемым им мнением, а только изливает на нем свое раздражение, так и в случаях общественной реакции против нарушителей известной общественной нормы нельзя еще придти непременно к выводу, что общество, т. е. известная группа лиц, требует безусловного исполнения нарушаемой нормы от нарушителя, приказывает всем и каждому ее исполнять. Эта норма, другими словами, не представляет собой (внешнего) приказа, а только известное убеждение, сопровождаемое, может быть, желанием, но не требованием, чтобы и другие так думали и поступали.

Таково действие так называемых, общественных норм религии, морали, нравов, которые представляют собой не что иное, как тождественность, одинаковость у целой массы членов общественного союза субъективных норм религии, нравственности, нравов, которые в отношении каждой отдельной личности в этом обществе действуют как внешние нормы, как общепризнанные нормы должного.

Нормы религии – это нормы, определяющие отношение человека к Божеству. В позитивных, положительных религиях такие нормы признаются откровением Божества.

Нравственность представляет собой правила должного отношения к себе и другим сообразно с известным идеалом добра, духовного совершенства. Нормы эти могут образовываться в человеческом сознании и вне связи с нормами религии.

Так называемые “нравы”<sup>1</sup>, в тесном смысле слова, конвенциональные нормы, означают нормы внешнего поведения, основанные на соображениях эстетических или утилитарных.

Все эти нормы, когда они являются общественными и внешними нормами поведения, не имеют характера чьих-либо приказов, требующих безусловного, помимо воли и согласия личности, сообразования с ними поведения каждой отдельной личности. Такие нормы выражают собой не общественный приказ, но общественное мнение, желание: “так следует, так желательно поступать”, а не “так безусловно, независимо от воли и личного убеждения, должно поступать”.

Вышеуказанный нами характер норм религиозных, нравственных и правил так называемого приличия вполне соответствует и внутреннему значению этих норм, которые по самому свойству своему требуют соответствия им личного

---

<sup>1</sup> По поводу традиционного неправильного выделения так называемых “нравов” в особую категорию норм должного наравне с религией, моралью и правом, тогда как “нравы” являются общим понятием, охватывающим всевозможные правила поведения, в том числе, и три указанные категории норм должного, см. справедливые замечания проф. Петражицкого: Очерки философии права, вып. 1 1900 стр. 91 пр. 1.

убеждения и воли каждой личности. Вся сила этих норм зиждется не на том, что они являются властными приказами, не считающимися с волей и убеждением лиц, на которых они направлены, но сила религиозных норм основана на внутреннем чувстве и убеждении, на вере в величие и святость Божества; сила нравственных норм— на внутреннем авторитете человеческой совести, на глубоко убеждении в их совершенстве<sup>1</sup>; правила общественного приличия — на чувстве красоты и изящества, на сознании пользы, или на чувстве самолюбия — нежелании показаться смешным и невоспитанным.

Мы, поэтому, утверждаем, что каковы бы ни были фактические гарантии воздействия всех этих общественных норм на человеческую волю, они по существу своему опираются на внутренний авторитет убеждения, на согласие им подчиняющихся лиц (гипотетически обязывающие нормы, как называет их Штаммлер), а не принадлежат к разряду норм безусловно повелительного характера, не представляют собой властных приказов внешнего, общественного авторитета, а имеют скорее характер заветов, убеждений, мнений, подчинение которым обусловлено согласием им повинующегося. Если же в обществе те или другие из норм религии, морали, обычаев, рассматриваются как безусловно обязательные для членов общества, независимо от их убеждения и согласия, центр тяжести действия этих норм переносится с убеждения отдельной личности на волю и требование общественного авторитета, их признающего, так что нормы эти выступают в качестве настоящих внешних приказов, то тогда, каково бы ни было содержание этих норм, они обращаются в юридические нормы<sup>2</sup>. Соблюдение их безусловно требуется тем авторитетом, от которого исходят эти нормы. Санкция права привходит к этим (нравственным, религиозным) нормам или намеренно в силу воли законодателя, или же фактически в силу прогрессирующего в обществе сознания их общеобязательности, как напр. мы замечаем это в так называемой профессиональной этике и при обращении простых обычаев в юридические, в обычное право. Отсюда мы далее видим, что по содержанию нормы религии, морали, нравов, могут совпадать с правовыми. Последние отличаются от них не по содержанию, а по своему характеру, как внешние приказы. По существу своему нормы религии и морали, которые имеют в виду прежде всего воздействие на духовную сферу личности не могут быть общественными приказами, а если и являются таковыми, то уже в качестве юридических норм или же, вследствие смешения с таковыми, как это мы видим в древности и на первых ступенях общественного развития.

Проф. Петражицкий совершенно справедливо замечает, что пропитаны

<sup>1</sup> “Нравственная норма, нравственное веление долга требует постоянного совпадения мотивов с нравственными целями” см. Вундт: Система философии (русский пер. Водена 1902 стр. 406).

<sup>2</sup> Ср. Stammler *Wirtschaft und Recht* стр. 129 сл., 487—562.

Гамбаров: *Право в его основных моментах* (Сб. по обществ. и юрид. наукам вып. I ст. 46—52).

юридическими элементами многие религиозные правила поведения в тех первобытных религиях, где божества мало возвышаются над людьми, так что люди обращаются с ними как с равными себе и признают безусловно обязательными для божества заключаемые с ним договоры и даже подвергают божество наказанию за неисполнение договоров. Пропитаны юридическими элементами и сравнительно более культурные религии греков и римлян (наприм. Cic. de leg. II с. 9, 22: Deorum manium iura sancta sunt), точно также религии теократических государств, религии еврейская и магометанская<sup>1</sup>.

Этот юридический элемент мы видим в том, что к нормам религии и морали примешивается властный характер приказа, не свойственный этим нормам самим по себе.

Мы здесь вперед оговариваемся, что властный характер внешней нормы, обращающий ее во внешний приказ, не определяется непременно тем, что внешний авторитет, от которого исходит таковая норма, является юридически организованной общественной властью, как напр. власть государственная, эта власть может носить и неорганизованный характер, представляя собой, например, фактическую силу преобладающей, хотя бы по численности, авторитетной общественной группы, требующей от всех безусловного исполнения признаваемой ею нормы. Поэтому мы вместе с проф. Петражицким<sup>2</sup> склонны признать характер обычно правовых норм за многими действующими в обществе правилами поведения, которые принято относить к так называемым конвенциональным нормам, правилам приличия, светским правилам. Но, вопреки г. Петражицкому, мы признаем за ними юридический характер лишь в том случае, если эти правила признаются в обществе безусловно обязательными для всех и каждого, т. е. являются внешними приказами, и не можем признать за ними юридического характера в том случае, если эти нормы являются лишь чисто субъективными убеждениями отдельной личности (интуитивными нормами).

Отличительную функцию правовых норм, единственно дающую возможность отличить их от всякого другого рода норм должностования, мы видим в том, что нормы права представляют внешне авторитетные приказы. Приказать же самому себе нельзя, так как приказ означает выражение воли, направленной на подчинение другой воли. Такие выражения, как “внутренний приказ”, “приказ совести”, могут быть употребляемы разве в чисто фигуральном, метафорическом смысле. Те писатели, которые принимают существование субъективных, интуитивных норм права, смешивают, по нашему мнению, с нормой права один из моментов ее образования, когда в процессе своего объективирования и позитивации известное представление о должном проходит через

<sup>1</sup> Ср. *Петражицкий*: Очерки фил. Права Вып. 1, 1900 стр. 93 прим

<sup>2</sup> Очерки фил. права Вып. I, стр. 34.

личное сознание человека<sup>1</sup>. Другие же смешивают право с так называемым субъективным правом, правоотношением и правомочием, вытекающим из объективной нормы права; или же, как например, проф. Петражицкий<sup>2</sup>, стремятся разграничить субъективные нормы морали, как чисто императивные нормы, устанавливающие лишь обязанность, от норм права, как норм императивно-атрибутивных, т. е. устанавливающих не только обязанности, но и соответствующие притязания.

Нормы права, конечно, атрибутивны, но атрибутивность, в смысле убеждения лица в закреплении его обязанности за другим лицом и в справедливости притязания последнего на исполнение этой обязанности, свойственна и весьма многим субъективным нормам нравственности (доказательств противного проф. Петражицкий не дает), а потому не может служить отличительным признаком правовых норм<sup>3</sup>. И те интуитивные нормы права, о которых говорит г. Петражицкий, представляют собой, по нашему мнению, ничто иное, как личные нравственные нормы.

Точно также нельзя называть правом, хотя бы “естественным”, как это делают современные защитники идеи естественного права в ее новом виде, совокупность требований, предъявляемых изменившимся в течение времени обществом или отдельными его классами к правотворческой власти<sup>4</sup>. Как не

---

<sup>1</sup> См. напр. *Коркунов*: Лекции по общей теории права 1894 стр. 57.

<sup>2</sup> *Петражицкий*. Очерки: фил. права 1900 Вып. I стр. 16, 21 сл. *Его же*: К вопросу о возрождении естественного права и вашей программе. В жур. “Право” 1902 № 41.

*Его же*: О мотивах человеческих поступков. в особенности об этических мотивах и их разнovidностях 1904.

<sup>3</sup> См. нашу ст.: Новая психологическая теория права и понятие права. Временник Демидовского Юр. Лицея 1901 г. кн. 82. *Кн. Е. Трубецкой*: философия права проф. Петражицкого (в журнале “Вопросы философии” кн. 57).

Ср. также интересные замечания о “нравственном и моральном праве” в ст. *С. Л. Франка*: Фр. Ницше и этика “любви к дальнему” в сборн. “Проблемы идеализма” стр. 180—182.

См. также *В. С. Соловьев*: Право и нравственность: Очерки из прикладной этики 1899 — стр. 23.

<sup>4</sup> См. *Гессен*: Возрождение естественного права 1902 стр. 26.

В своей талантливо написанной брошюре автор делает ссылку на сочинение Iellinek’a: *Das Recht des mod. Staates* 1900 и на стр. 5 своей брошюры причисляет Iellinek’a “отчасти” к явным сторонникам и защитникам идеи естественного права. По поводу этого заметим, что Iellinek действительно в указанном сочинении стремится объяснить психологически возникновение идеи естественного права и ее крупную роль в правообразовании, но Iellinek отнюдь не признает правом естественно-правовые представления (*der nie gänzlich zu bannende Schien eines Rechtes* см. стр. 321), тем более, что это совершенно противоречило бы им же самим данному в этом сочинении (на стр. 300) позитивному определению права, как норм, определяющих внешние отношения людей друг к другу, исходящих от признанного внешнего авторитета, и обязательность которых гарантирована внешними силами: это не мешает Iellinek’у признавать, что позитивность права основывается в конце концов на убеждении в его действии, т. е. способности мотивировать волю, и прийти, таким образом, к заключению, что право основано на чисто психологических элементах (см. стр. 303 сл.), но и здесь он говорит только о психологических основах действия позитивного права.

велико значение этих требований для более совершенного развития права и как не благотельно для науки права и по вопросу о *lege ferenda* все более усиливающееся в литературе требование считается с этими общественными воззрениями, но не следует эти требования и общественные идеи, правовые идеалы и суждения о праве, подводить под понятие “права”, хотя бы естественного, так как таким образом под одно и то же понятие права будут подведены совершенно разнородные элементы (право и всякого рода суждения и мечты о праве), не говоря уже о том, что термин “естественное право” далеко не пригоден для такого обозначения. С этим термином давно уже, со времен господства старой доктрины естественного права, связано совершенно иное, вполне определенное, значение и, кроме того, такое выражение, как “естественное право”, противопоставляемое положительному праву, логически приводит к странному заключению, что последнее “неестественно”. Своего рода *definitio ad absurdum*<sup>1</sup>.

Насколько вообще неопределенно самое понятие “естественного права” в “стиле *moderne*” у его сторонников можно видеть из того, что один из талантливейших защитников этой идеи “возрождения естественного права”, проф. Петражицкий, критикуя отождествление другим сторонником этой же идеи проф. Новгородцева в его работе “Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве” естественного права с нравственными суждениями (о праве), сам утверждает, что возрождение естественного права “в смысле правно-политической программы означает не возрождение тех приемов работы, которые были свойственны школе естественного) права, а создание науки политики права”. Выходит, что естественное право это то же, что наука политики права! Далее, под этим возрождением можно разуместь, говорит г. Петражицкий, научное обоснование непозитивного права и изучение его на психологической почве. Также нормативное изложение интуитивного права<sup>2</sup>.

Другой сторонник идеи изменчивого естественного права, кн. Е. Н. Трубецкой, в своих критических замечаниях на работу проф. Петражицкого<sup>3</sup> приходит к заключению о существовании естественного права, как “первоначального права”, “постулата”, “идеи разума”, “сверхчувственного и метафизического начала”.

Из германских сторонников новой идеи естественного права, Штаммлер определяет последнее, как “те правовые положения, которые при эмпирических, условных отношениях содержать теоретически правильное право; эти положения, само собою понятно, не обладают никакой положительной силой действия, но обращаются к правотворящим источникам положительного права

<sup>1</sup> Ср. также Н. И. Кареев: Нужно ли возрождение естественного права (Русское Богатство 1902 апрель № 4). Гамбаров: Право в его осн. моментах стр. 69.

<sup>2</sup> См. ук. статью в “Праве” 1902 г. № 41.

<sup>3</sup> См. кн. Е. Н. Трубецкой: Философия права проф. Петражицкого в журнале “Вопросы философии”, кн. 57 стр. 31 и 32.

с требованием изменения или преобразования действующего права”<sup>1</sup>. Точно также смотрит на естественное право Erwin Grueber<sup>2</sup>, также у нас и В. М. Гессен в своей вышеупомянутой брошюре.

Французский ученый Voistel в своем “Курсе философии права”<sup>3</sup> следующим образом противопоставляет “естественное или рациональное право” праву положительному.

“Право положительное, говорит он, это — правила, формулированные законодателем и санкционированные внешним принуждением; право же рациональное — совокупность правил, которые с точки зрения разума должны быть санкционированы внешним принуждением. Это — идеал права положительного, тип, который должен осуществить законодатель, и который он почти всегда фактически имеет в виду осуществить”.

Далее, говоря о философии права, Voistel определяет эту науку “как философскую часть права, т. е. рациональный элемент, входящий в очень сложную формацию законодательства каждой нации. Эта наука, говорит он, также называется рациональным или естественным правом. —

В общем мы приходим к заключению, что современные сторонники естественного права называют этим именем научные и этические суждения о праве<sup>4</sup>, критику положительного права, представление о том, каково оно должно быть, правовые идеалы и требования *de lege ferenda*. В отличие от старой школы естественного права они не выводят свои “естественноправовые нормы” непосредственно из природы или Божественного разума, и признают их изменчивыми, подлежащими эволюции, и лишь относительно лучшими для данного времени. Но ясно, что то, что только должно быть правом, не есть еще право<sup>5</sup>, и сторонники естественного права не дают никаких критериев, позволяющих нам отнести их нормы именно к праву, а не к каким-либо другим проявлениям

---

<sup>1</sup> *Stammler*: *Wirtschaft und Recht* 1896 стр. 185.

<sup>2</sup> Erwin Grueber: *Einführung in die Rechtswissenschaft* стр. 15 в *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* herausg. von Dr. Karl Birkmeyer 1901.

<sup>3</sup> A. Voistel: *Cours de Philosophie du droit* t. I. 1899 p. I.

<sup>4</sup> “Этический тип наших представлений о праве”, как его называет г. Новгородцев и Гессен.

См. *Новгородцев*: *Нравственный идеализм в философии права* (Сб. Проблемы идеализма).

*В. Гессен*: *О науке права* (Сб. Введение в изучение социальных наук под ред. проф. Кареева) стр. 139.

<sup>5</sup> Один из сторонников ест. права г. Гессен сам признает теперь, что возрождение естественного права “не знаменует собою возвращения к “правовому дуализму” естественно-правовой доктрины. — Только положительное право — право. Всякое противопоставление положительному праву какого бы то ни было другого, неположительного, — теоретически несостоятельно. Естественное право относится к положительному, как то, что должно быть, к тому, что есть. Естественное право — мера, критерий; положительное — объект измерения и оценки”.

Гессен: *О науке права* (в ук. сборнике) стр. 140.

духовной жизни человечества. Тем же, которые основывают свое “естественное право” на различных априорных началах и абсолютах, мы должны ответить, что в такие априорные абсолютные и метафизические начала верить никому не воспрещается, но наука может принимать лишь такие положения, которые обоснованы и доказаны.

Интуитивные же нормы с атрибутивным характером, которые проф. Петражицкий считает “идеальным правом”, юридическими нормами, являются лишь субъективными нравственными нормами, в чем легко убедиться при ближайшем анализе приводимых г. Петражицким примеров таких норм<sup>1</sup>.

Таким образом, отличительный характер правовой нормы заключается в ее строгой внешней императивности. Внешний авторитет, от которого исходят такие нормы, как приказы, не убеждает, не советует, не выражает одно лишь простое желание, чтобы согласовались с его волей, выраженной в этих нормах должного, а диктует свою волю, требует подчинения ей, независимо от личных убеждений и внутреннего авторитета совести.

Вот почему нормы права, как внешние приказы, предписывающие должный порядок поведения в обществе, независимо от воли и согласия лиц им подчиненных, в силу самого характера своего, могут быть вооружены принуждением в смысле внешнего, насильственного воздействия на правонарушителя. Но из этого не следует, что нормы права всегда вооружены таким принуждением. Повеление, приказ, не тождествен с понятием принуждения к его исполнению.

Не говоря уже о философских учениях Томазия, впервые высказавшего, что отличительный признак права — принуждение, а также Канта и Фихте, идея, что право, как нормы властные, необходимо связано с принуждением, сделалась господствующей в юридической литературе, особенно со времени Иеринга<sup>2</sup>.

Прежде всего о каком принуждении тут идет речь?

Воздействием на сознание, волю людей, т. е. психическим принуждением, обладает не только право, но и религия, мораль, нравы и даже научные истины. Религия воздействует обаянием святости и величия ее источника, мораль — признанным совершенством своих норм, нравы соблюдаются в силу разного рода эстетических и утилитарных соображений, научные положения воздействуют истинностью доказанного. Кроме того, все вообще внешние общественные нормы даже тогда, когда они не представляют собой приказов, т. е., когда в них нет юридического элемента безусловной обязательности, но они расходятся с внутренними нормами личности, тоже воздействуют на волю личности, в силу сознаваемой последнею необходимости сообразоваться

<sup>1</sup> См. нашу статью: Новая психологическая теория права.

<sup>2</sup> Ihering: Zweck in Recht, стр. 318–327, 329. Определяет право, как совокупность принудительных норм, действующих в государстве, и даже признает государственную власть единственным источником права.

с мнением, с убеждением той общественной среды, в которой личность живет. Нормы общественной морали, и не будучи приказом, оказывают более сильное психическое воздействие (принуждение), чем нормы права. Достаточно вспомнить силу общественных воззрений на дуэль, против которых право часто оказывается бессильным. Но принятие или отказ от дуэли по общественным воззрениям должны зависеть от свободного решения личности, от ее согласия на это, поэтому общественная норма, рекомендующая дуэль в известных случаях, не есть безусловный властный приказ, не считающийся с согласием лица, на которое он направлен, не есть правовая норма, хотя бы неисполнение такой нормы влекло бы эвентуально для личности самые тяжелые последствия.

Затем, что касается внутренней принудительности норм религии и морали, то должно вспомнить, что мученики религии шли на страшную смерть, но не исполняли предписаний права, которые считали противным воле Бога. Нравственный человек скорее нарушит требование права, которое по его мнению безнравственно, чем подчинится ему. Наконец если право действует на людей угрозами, то и религии, например, угрожают карами Божества. Далее человек знает, что нарушение нравственных правил принесет ему мучение совести, душевный разлад, отчуждение близких и общества и даже материальные лишения. Следовательно, психическим воздействием, психическим принуждением, могут обладать все нормы долженствования. Также все эти нормы могут при случае сопровождаться и внешним принуждением и, если внешнее принуждение далеко не всегда сопровождает нарушение религиозных и нравственных норм, то это самое бывает и в области права.

Можно действительно часто насильно помешать осуществлению какого-либо правонарушения, напр. убийству, краже, разбою, но во-первых не всегда, а во-вторых насильно сплошь и рядом нельзя заставить исполнить какое-либо положительное действие, требуемое правом. Даже знаменитые попытки оказывались в этом отношении бессильными.

В настоящее же время нельзя, например, притащить чиновника на службу и водить его руками по бумагам, чтобы он против своей воли со всем, требуемым законами о службе гражданской, усердием отдавался службе.

Современный фанатик-анархист даст скорее себя казнить, но не исполнит требований ненавистного ему права и общества и не даст принудить себя к их исполнению. Самый обыкновенный мошенник может уничтожить преступно добытую вещь, но не даст силою отнять ее от себя.

Но скажут, ведь право все же накажет таких лиц, Отыщет способ возмещения последовавшего ущерба. Да, но это не принуждение, в строгом смысле слова, а возмездие или замена неисполненного другим обязательством. Но и это не всегда фактически возможно: лицо, подлежащее, наказанию может умереть, скрыться, с него, может быть, нечего взыскать в виду его полной неспособности.

Говорят далее, правовая норма обеспечивается санкцией, дающей пред-



ставителям власти полномочие употребить принуждение против нарушителя права, а нормы морали, например, таких полномочий не дают.

Но и в этом отношении существуют правовые нормы без санкции, неисполнение которых не влечет за собой никакого юридического воздействия. В правовой системе нет норм, которые бы охраняли такие указанные выше нормы наказаниями или давали возможность предъявить судебные иски к правонарушителю. К таким не защищенным юридическим нормам относятся самые важные нормы в государстве, определяющие права и обязанности высших органов государства. Монарх, например, безответствен, не в силу только фактической невозможности принуждения против него, как думают некоторые, а в силу так называемого юридического монархического принципа; он не подлежит никакой ответственности перед судом и наказанию за неисполнение обязанностей, возложенных на него законами.

Также парламенты в государствах с народным представительством могут нарушать конституцию, их постановления с точки зрения юридической – недействительны, но употребить юридическое принуждение против них никто не властен.

В Пруссии и Германии существует закон, устанавливающий ответственность министров перед палатами, которые могут привлечь их к суду, но закон, который бы организовал обещанный для этого суд и порядок судебного разбирательства, до сих пор не издан и, хотя юридическая обязанность ответственности министров установлена законом, но принуждения в случае неисполнения своих обязанностей министрами, раз последние находят одобрение со стороны монарха, и охраны полномочий палат не существует.

В каждом государстве существуют законы, которые по оплошности законодателя или в силу самого характера регулируемых ими интересов не защищены санкцией и юридическим принуждением.

Далее, нормы международного права, где нет организованной власти, стоящей над государствами и заставляющей их исполнять эти нормы, не защищены правовым принуждением. Несмотря на это отсутствие юридического принуждения к исполнению этих норм, все такие нормы являются все же юридическими нормами, правом, что вынужден был признать и главный представитель теории принуждения, Иеринг<sup>1</sup>.

Вообще говоря, нужно строго отличать правовую норму саму по себе от ее возможного придатка, принуждения, который ее обыкновенно сопровождает,

---

<sup>1</sup> Ср. критику теории принуждения в праве: Петражицкий: Очерки фил. права. Вып. I стр. 61–83.

*Коркунов*: Лекции по общей теории права 1894 стр. 68 сл.

*Гамбаров*: Право в его основных моментах стр. 62.

*Bierling*: Principienlehre B. I. 1894 стр. 49–57.

*Thon*: Rechtsnorm und subjectives Recht 1878 стр. 5 сл.

и вообще говоря не противоречит ее характеру<sup>1</sup>, но может и не сопровождать. Признаком правовой нормы является лишь ее внешне повелительный характер, как внешне авторитетного приказа, приказ же не тождествен с понятием внешнего принуждения к его исполнению. В частности, психологическим принуждением могут обладать все общественные нормы должностования, внешним же принуждением многие нормы права совершенно не защищены и по самому характеру регулируемых ими интересов часто его не допускают. Поэтому совершенно справедливо теория принудительности правовых норм оставлена теперь многими учеными. Принуждение есть могущественная гарантия права, но не самое право. Из свойства правовых норм, как внешних авторитетных приказов, направленных на регулирование человеческих отношений, вытекает и то свойство, что право может властно определять лишь внешние акты и действия людей, формы, в которых извне осуществляется процесс человеческой жизни, но не мысли и чувства, т. е. внутреннюю психическую природу человека. Заставить людей думать или чувствовать по приказу невозможно (разве только путем гипнотического внушения). Над внутренней стороной жизни право не властно. Невыраженные какими-либо внешними признаками, чувства и мысли человека остаются скрытыми, не могут быть поэтому властно определены и не поддаются контролю. Лишь поскольку психическое состояние человека имеет значение для оценки внешних актов его, право обращает внимание и на психическое состояние, но не регулирует его, не определяет его властным образом. Так, при оценке преступлений, т. е. преступных актов, право требует оценки душевного состояния преступника, а для действительности гражданских сделок требует от совершающих их наличности воли и сознания совершаемого; точно также при нормировании некоторых отношений в области гражданского права обращает внимание на психическую сторону отношений (добросовестность, недобросовестность): но во всех этих случаях право определяет лишь условия, при которых указанные им действия человека, признаются имеющими значение для права и влекут те или другие последствия, а не направляет своих приказов на регулирование самой психической жизни человека. Такие предписания в кодексах, как дети должны любить и уважать родителей, супруги должны оказывать друг другу любовь и уважение, далее предписания принадлежат к той или другой религии, и т. под., имеет юридический смысл лишь настолько,

---

<sup>1</sup> В этом лишь смысле можно, пожалуй, сказать, что нормы права имеют “тенденцию” к внешнему принуждению, но эта тенденция может так и остаться только тенденцией.

О том, что так называемые определительные, описательные и дозволительные законы — ничто иное как особая форма велений законодателя и по существу, следовательно, являются повелительными нормами см. в нашей литературе совершенно справедливые замечания *г. Коркунова*: Лекции по общей теории права 1894 стр. 120—125.

*Залесский*: Лекции энциклопедии права стр. 96—103.

*Thon*: Rechtsnorm und subjectives Recht; стр. 292.

*Contra Гредеску*: К учению об осуществлении права 1900 стр. 54 сл.

насколько тут требуется соответствующее внешнее поведение человека. Лишь косвенным путем, насколько правовые нормы воспринимаются сознанием и содержание правовых норм, их идея, превращается в личное убеждение человека; правовые нормы также воздействуют и на духовную сторону людей, но уже не как приказы, не в силу сознания людьми их подчиненности другой воле, а как мысль, идея, проникшая в сознание людей и ставшая психическим фактором их жизни. В этом заключается воспитательное значение права как и всякой культурной силы, но лишь в силу строго императивной функции, как приказа внешней авторитетной воли, право является своеобразной, нормативной общественной силой, отличной от других культурных сил, действующих в общественных союзах и имеющих с ним одну общую цель: борьбу с социальным злом и развитие общественного блага.

Таким образом, право представляет собой совокупность положительных, объективных норм, правил должного, выработавшихся в общественном союзе и имеющих характер властных внешних приказов, регулирующих человеческие отношения<sup>1</sup>.

Эту же мысль выражает и известный германский юрист Меркель.

“Положения права, говорит Меркель, суть волеизъявления, направленные на руководство нашими действиями и там, где они не овладевают нашей мыслью... “Stat pro ratione voluntas”. В них выражается воля, которая в обществе проявляется как власть, сила, она дает членам общества мотивы для соответствующего ее указаниям поведения и в том случае, когда содержание этих указаний не соответствует их индивидуальным интересам”.

Согласно с нашим определением, мы признаем правом лишь так называемое положительное право, обычное право и закон. Они представляют собой выражение властной воли — организованной (закон) или неорганизованной (обычное право) в общественном союзе. Обязательная сила государственного закона зиждется на том, что закон является выражением авторитетной воли государственной власти, которой подчинены все члены государства. Закон государственный в обширном смысле слова есть юридическая норма, устанавливаемая государственной властью.

Это определение закона вполне установилось в науке.

Что касается обычного права, то оно представляет первоначальную форму права, которая предшествует еще появлению законов и вырабатывается в обществе помимо и независимо от веления какой-либо организованной власти. Это

<sup>1</sup> Merkel: Juristische Encyclopädie 1900 §§ 42, 43.

См. также Гамбаров: “Право в его основных элементах” в Сборнике по общественно-юридич. наукам. Вып. 1, 1899 стр. 38—43, 106.

Ср. также Stammler: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung 1896: “Das Recht will als Zwangsgebot über dem einzelnen gelten ohne Rücksicht auf dessen Zustimmung und Anerkennung” стр. 487, и на стр. 491 относит право “к особому виду властных приказов, исходящих от человека к человеку”.

неписанное право, которое самостоятельно развивается и действует в массе народа<sup>1</sup>.

Обычай образуется незаметно и вне каких-либо определенных форм, путем постоянного соблюдения в течение неопределенно продолжительного времени одного и того же образа действий в однородных случаях. Вследствие бессознательного или сознательного подражания, заимствования, известного образа действий<sup>2</sup>, путем судебной практики, прецедентов<sup>3</sup>, известная норма делается общей у целой массы лиц, переходит в общее сознание и применяется массой лиц в обществе. Давнее и широкое применение этого образа действий, обычая, порождает в людях убеждение не только в его целесообразности, но и в безусловном долженствовании, обязательности его применения. И когда целая масса лиц в общественном союзе не только имеет одинаковые суждения о должном порядке отношений, не только желает, но и требует от всех и каждого обязательного соблюдения известного обычая и, в случае надобности, даже силой заставляет непокорных повиноваться себе, то обычай обращается в юридический, так как он приобретает обязательную силу внешнего приказа, внешнего веления.

“Для того чтобы образовался обычай, связывающий частную волю, замечает профессор Сергеевич, в памяти людей должен уже накопиться настолько значительный материал сходных прецедентов, чтобы воля была подавлена этим материалом”<sup>4</sup>.

Основа же юридического обычая лежит в сознании его общей обязательности.

Мы говорили, что нормы права имеют характер внешнего, объективного приказа, направленного на всех, кого они касаются. Почему же нормы обычного права имеют характер внешних приказов, и каков чисто внешний авторитет, от которого эти нормы исходят? По нашему мнению, потому, что в обычном праве выражается коллективная воля преобладающей группы членов общественного союза, чтобы известный обычай обязательно соблюдался всеми членами союза<sup>5</sup>. Обычное право безусловно обязательно поэтому не только в силу заведенного порядка, традиции, что так поступали отцы и деды (mores

---

<sup>1</sup> Ср. *Залесский*: Власть и право. Философия объективного права 1897 г. стр. 234 сл.

<sup>2</sup> Об этом см. особенно *Tarde*: Les Transformations du droit 1893 см. особенно chap. VII.

<sup>3</sup> На роли судебной практики в образовании обычного права особенно настаивает в новейшее время *Lambert*: La fonction du droit civil comparé 1903.

<sup>4</sup> *Сергеевич*: Опыты исследования обычного права (Наблюдатель 1882 г. № 1 и 2).

<sup>5</sup> Ср. *Merkel*: Jur. Enzyklopädie 1900 § 43.

*Гамбаров*: Право в его основных элементах (в Сборнике по обществ. и юридич. наукам. Вып. I, 1899 стр. 45).

*Thon*: Rechtsnorm und Subjectives Recht 1878 стр. 1.

majorum<sup>1</sup>, в силу продолжительности применения<sup>2</sup>, в силу общности обычая<sup>3</sup>, или всеобщего признания<sup>4</sup> — все эти факторы могут обусловить и действие простого, неюридического обычая, но потому, что в обычном праве проявляется именно, как и во всякой норме права, элемент властной, повелевающей воли: масса людей не только желает, но и требует, чтобы в известных случаях применялась такая-то норма, даже к тем, кто ее не сознает или просто отрицает ее существование или обязательную силу. Отсюда народные русские пословицы; “Повальный обычай, что царский указ”, “Против обычая не спорь”. Это коллективный приказ, особенно резко проявляющий свой властный характер в моменты уголовной репрессии. Убеждение, сознание в обязательной силе такой то нормы обычного права (совпадение внутренней и внешней нормы) может быть даже не у всех лиц, к которым она применяется, но лишь у преобладающей, наиболее авторитетной группы членов известной общественной единицы, к другим же членам этой общественной единицы норма обычного права применяется исключительно как внешняя норма, независимо от того соответствует ли она или нет их внутренним интуитивным нормам.

Рационален ли этот приказ или нет, в какой мере участвовал первоначально в выработке обычно правовой нормы бессознательный или сознательный элемент, это все равно: так хочет масса и тут действительно уже воля народа (в смысле авторитетной группы) есть высший закон “populi voluntas suprema lex” и, как сплошь и рядом в жизни бывает, сила солому ломит<sup>5</sup>. Наше последнее выражение не покажется слишком резким, особенно если мы вспомним крайнюю суровость и отсталость многих юридических обычаев, что дало даже повод г. Петражицкому считать твердость обычно-правовых норм тормозом гуманного развития человечества<sup>6</sup>. Если не принять во внимание указанный нами внешне повелительный характер обычного права, то его нельзя отличить от простых, неюридических обычаев, не имеющих характера безусловной обязательности.

<sup>1</sup> *Петражицкий*: Очерки философии права 1900 Вып. I. Стр. 26—27.

<sup>2</sup> *Adickes*: Zur Lehre von den Rechtsquellen стр. 187.

*Zittelman*: Gewohnheitsrecht und Irrthum 443.

*Dernburg*: Pandekten 1 § 26.

<sup>3</sup> Коркунов: Лекции по общей теории права. 1894 стр. 292.

<sup>4</sup> *Bierling*: Principienlehre сер. 45 сл.

<sup>5</sup> В этом уже и заключается волевой характер обычно-правовой нормы, как веления.

Contra Коркунов: Лекции общей теории права 1894 стр. 120.

Также *Zittelman*: Irrthum und Rechtsgeschäft 1879 стр. 200—229.

<sup>6</sup> См. статьи в “Праве” за 1899 г.

Ср. однако *Никонов*: Земля, община и X том (Журнал Мин. Юстиции июнь 1902), где автор доказывает необходимость для законодателя сообразоваться с обычно-правовым воззрением народа.

Ср. Также *Таганцев*: Правополагающие источники в их взаимных отношениях в уголовном праве, журн. “Право” № 4 и 5, 1902 г.

В международном праве этот властный характер права не так ярко выражается. Члены международного союза — государства нелегко жертвуют своей независимостью, но и в международном праве, несмотря на его шаткость, мы видим выражение коллективной воли членов международного союза, импонирующей всем ее нарушителям и обязательной для всех отдельных его членов. Чтобы выработалась такая согласная воля, нужно, конечно, немало времени, но раз она образовалась, то и оказывает давление на отдельных членов подобно тому, как это происходит в обычном праве, действующем внутри государств.

Вопрос в том, чтобы сделать выражение этой воли более организованным и действительным, на что и направлены все старания современных деятелей в области международного права.

На чем основывается юридическая обязанность международных договоров для самих государств, как не на этом общем правиле, — выражении авторитетной коллективной воли членов международного союза, вызванной требованиями самой жизни, международной обычно-правовой нормы, что договоры должны быть соблюдаемы “*pacta sunt servanda*”<sup>1</sup>.

Итак, мы приходим к заключению, что право с формальной стороны представляет собой совокупность безусловно повелительных норм, исходящих от внешнего авторитета и определяющих отношения общежития. Обязательная сила правовых норм основывается на признанной или фактически установившейся зависимости людей от внешнего авторитета, диктующего им правила поведения. Обычное право и законодательство содержат в себе, именно такие нормы, различающиеся только по способу образования, форме их выражения, а также по характеру того внешнего авторитета, от которого нормы исходят. Что касается положений науки права, решений судебных мест, поскольку они являются лишь применением обычного права и закона и не превращаются сами в обычное право, далее все личные убеждения, какого бы они ни были характера, так называемые субъективные (или интуитивные нормы), ни для кого другого необязательные, не представляют собой права, а только суждения о том, чем должны быть нормы права, или же о том, что содержится в них, чего они требуют, или же личные нравственные нормы людей. Лишь тогда, когда эти суждения получают характер повелительных норм, предписаний внешнего авторитета, они станут правом.

Против учения, что право является нормами, исходящими от внешнего авторитета, возражают, что самый такой авторитет состоит ни в чем ином, как в его праве предписывать, связывать членов общества обязательными правилами поведения. Следовательно, такое право обусловлено иною высшею фор-

---

<sup>1</sup> Cp. *Merkel*: Jur. Encykl. 1900 стр. 55, § 121.

*Bierling*: Jur. Principienlehre 1894. В. 1, стр. 31.

*Pfenninger*: Der Rechtsbegriff und seine Anwendung auf das Völkerrecht Eine rechtsphilosophische Untersuchung 1902 стр. 17, 358 сл.

*Triepe*l: Völkerrecht und Landesrecht 1897 стр. 79.

мою права, из коего истекают правомочия всех человеческих властей; будучи само источником и условием всякого внешнего авторитета, всякого позитивного права, это первоначальное высшее право не обусловлено само никаким внешним авторитетом, а само в себе заключает источник своей обязательной силы<sup>1</sup>.

“В основе всякого положительного права говорит например, проф. кн. Е. Н. Трубецкой, лежит первоначальное право — право общества господствовать над личностью, связывать ее волю своими предписаниями; в основе всякой положительно правовой обязанности лежит первоначальная обязанность — обязанность личности подчинять свои цели целям общезиятия, ограничивать ради него свою волю теми или другими нормами. За устранением того первоначального права, на котором утверждают свои полномочия законодатели, во имя которого повелевает всякий внешний авторитет, должен рухнуть всякий правовой порядок”<sup>2</sup>.

Но как возникло и в чем состоит это “первоначальное право?” “В основе всякого положительного права, отвечает автор, лежит метафизическое предположение такой обязанности и такого права, которое логически предшествует всякому конкретному правопорядку. Это первоначальное право не есть факт, а постулат, идея разума, которая с одной стороны обуславливает все конкретные правовые факты, а с другой стороны, когда превышает фактическую действительность, никогда не покрывается ею. Идея эта сверхопытна, сверхчувственна и, следовательно,— по самому существу своему метафизична”. В виду этого вопрос о существовании права приводит, по мнению проф. Трубецкого, к проблеме права разума или так называемого естественного права. Естественное право составляет необходимое предположение всякого правового сознания. Крушение прежних естественноправовых учений только ставит нам задачу выяснить причины этого крушения и устранить старые заблуждения, затемнившие сущность естественного права. В виду всего этого проф. Трубецкой вооружается против теорий позитивного права, которые он причисляет к “позитивным предрасудкам, к антифилософскому позитивизму”<sup>3</sup>.

Постараемся теперь разобратся в этих возражениях, сделанных позитивной теорией права. Это тем более необходимо, что в наше время вновь обнаруживается, как мы заметили выше, у целого ряда ученых стремление возвратиться к идее естественного права, хотя и в измененном виде.

Мнение, что самый внешний, общественный авторитет заключается в праве предписывать обществу обязательные правила, и потому сам предполагает существование права, на котором он основан, верно лишь постольку, поскольку

<sup>1</sup> См. *Кн. Е. Н. Трубецкой* “Философия права проф. Петражицкого” в журнале “Вопросы философии”... кн. 57 стр. 28 сл.

*Чичерин*: Курс государственной науки 1894 ч. I стр. 30.

<sup>2</sup> Трубецкой там же стр. 31.

<sup>3</sup> Там же стр. 33.

дело касается организованной общественной власти, как напр. в государстве. Здесь самое право носителя власти, законодателя, издавать правовые нормы зиждется на законах, на конституции, или установлено издавна обычным правом страны. Известно, например, что полномочия верховной власти в Англии и теперь основаны на обычном праве страны (*common law*). Верно и то, что исторически всякая власть в обществе лишь тогда обращалась в общественном сознании в правомерную, когда ее фактическое господство и авторитет санкционировались правом. Таким на первых ступенях развития государства могло быть, конечно, только обычное право, как единственно действовавшее. Но мы и не говорим, что организованная власть является тем внешним авторитетом, от которого исходят или от которого получают свою обязательную силу нормы обычного права. Государственная власть является таким источником лишь для юридических исходящих от нее самой норм т. е. законов. Нормы же обычного права исходят не от авторитета, правом созданного, а от фактически установившегося авторитета. Образование такого авторитета вовсе не обусловлено каким-либо правом. Авторитет — это то, пред чем мы преклоняемся, чему повинемся, что уважаем. Этот авторитет может быть основан не только на предписаниях права, но на религиозных, моральных воззрениях, или на чувстве уважения, вызванном экономической, интеллектуальной и часто даже физической силой лица или группы лиц.

Авторитет основателя религии, авторитет великого мыслителя, завоевателя, авторитет родителей в отношении к детям, авторитет кудесников, жрецов, авторитет так называемых мудрейших, добрейших, старейших людей в общественных союзах, авторитет касты, общественной группы, образуется фактически, в силу самых разнообразных причин и не предполагает непременно для своего образования существование юридических норм, предписывающих подчинение и признание этого авторитета. Правовая санкция такого авторитета последовала уже позже и следующим образом: постоянное, хотя бы даже в силу страха, повиновение предписаниям фактически установившегося авторитета порождает в людях представление, что так и должно быть, другими словами, что авторитет, от которого исходят правовые нормы, сам основан на праве, отсюда нормативная сила фактов, образующая убеждение в правомерности известного состояния.

Справедливо замечает Еллинек, что искать основание нормативной силы фактов в сознательной или бессознательной разумности было бы совершенно превратно. Фактическое может быть осмыслено позднее, но его нормативное значение заключается в первоначальном свойстве нашей природы, в силу которого уже совершенное, психологически и физически легче воспроизводится чем новое<sup>1</sup>.

Для понимания развития права и нравственности это признание норма-

---

<sup>1</sup> *Jellinek: Das Recht des modernen Staates. 1900. B. I. стр. 308.*



тивной силы факта, говорит Еллинек, имеет огромное значение. Приказанием духовных или государственных авторитетов сперва повинуются из страха или из других мотивов, и отсюда развивается представление, что часто повторенный приказ сам по себе, независимо от своего источника, в силу своей внутренней, обязывающей силы, является правилом, которому должно повиноваться, нравственной нормой.

Всякая императивная религиозная мораль основывает свои положения на том, что она представляет собой содержание воли безусловно признанного авторитета.

Обоснование древнееврейской этики гласит: “Ибо Аз есмь Господь Бог ваш”.

Древнейшие религиозные формулирования этических норм всегда выражены в абсолютной форме; они снабжены санкциями, но не мотивами, их оправдание лежит в самом их бытии. Еще резче выделяется нормативный характер факта в возникновении права. У каждого народа правом вначале считается то, что фактически применяется, как таковое. Постоянное применение порождает представление о согласии фактического состояния с нормой и таким образом сама норма рассматривается как авторитетное веление общественного союза, как правовая норма<sup>1</sup>.

Еллинек находит в этом разрешение проблемы обычного права. Обычное право вытекает не из народного духа, не из убеждения в том, что нечто в силу своей внутренней необходимости представляет право, не из молчаливого акта воли народа, но возникает из общего психического свойства признавать нормой то, что постоянно повторяется в фактах. Вследствие такой нормативной силы фактов возникает склонность признавать фактически существующий в данный момент социальный строй правомерным, хотя в частности тут могут играть роль соображения полезности и справедливости. Каждый желающий его изменить, должен доказать в чем заключается лучшее право. На нем, следовательно, лежит *onus probandi*.

На этом основана, говорит Еллинек, защита владения, как фактически сложившихся отношений владения. Юридически ничтожный брак признается действительным вплоть до приговора, объявляющего его ничтожностью; незаконно избранный депутат палаты считается законно избранным вплоть до кассации выборов. Обязанность доказательства (*onus probandi*), лежащая на жалобщике в процессе, также основана на общем принципе, что существующее фактическое отношение предполагается правомерным<sup>2</sup>. Тоже происходит при

---

<sup>1</sup> *Iellinek*: Das Recht d. mod. St. стр. 309.

<sup>2</sup> Мы должны однако заметить, что в указываемых Еллинеком случаях защиты владения, ничтожности брака, избрания депутата, и *onus probandi* жалобщика в процессе, играет роль не столько нормативная сила факта, сколько целый ряд соображений полезности и процессуальной целесообразности.

обсуждению вопроса о правомерности состояния, возникшего в силу политического переворота.

В международном праве фактическое обладание властью узаконяет представительство государства извне<sup>1</sup>. Для науки о государстве это основное понимание нормативной силы фактически сложившихся отношений имеет огромное значение. Оно дает ключ к пониманию различия между писаной конституцией и действительной жизнью государства т. е. фактическим государственным строем, заключающемся в действительном распределении власти. Поскольку право является компромиссом различных интересов, в основе правопорядка лежат фактические отношения, которые находят в нем свое выражение.

Мы видим из этих замечаний Еллинека<sup>2</sup>, как фактические отношения порождают соответственные нормы, правила долженствования и, следовательно, как фактическое господство авторитета превращается в юридическое. Но Еллинек сам замечает, что в задачи его не входит более подробное рассмотрение проблемы обычного права, а именно важного вопроса, каким образом нормы обычного права являются авторитетной волей<sup>3</sup>. Мы пытались выше указать, как это происходит, и в заключение пришли к убеждению, что нормы обычного права, как и вообще право, являются приказом, выражением воли внешнего авторитета. Но в обычном праве этим внешним авторитетом является фактически господствующая группа членов общественного союза, коллективная воля членов которой, как общественная сила, подчиняет себе волю всех членов этого союза.

Устанавливающая право воля принимает в истории самые разнообразные формы, напр. воля первосвященника, главы племени, какой-нибудь касты, корпорации, неопределенной массы лиц, как в обычном праве, или воля так или иначе организованной государственной власти<sup>4</sup>.

Но если право есть выражение внешне авторитетной воли, ее приказы, направленные на регулирование отношений подчиненных ей лиц, то как примирить с этим современное воззрение на право, находящее себе несомненное выражение и в действительной жизни, что право обязательно не только для подвластных, но и для властвующих. Другими словами, что сама государственная власть должна действовать не произвольно, а правомерно и, следовательно, находить в праве свое определение и ограничение?

Прежде, когда на право смотрели, как на выражение воли божества<sup>5</sup>, или как на священный завет предков, т. е. приписывали его происхождение авторитету, возвышающемуся не только над подвластными, но и над властвующими, обязанность последних повиноваться этому священному праву вытекала сама

---

<sup>1</sup> *Iellinek*, там стр. 310–311.

<sup>2</sup> Ср. также *Zittelman*: *Gewohnheitsrecht und Irrthum*.

<sup>3</sup> *Iellinek*, там же стр. 309 пр. 1.

<sup>4</sup> Ср. *Гамбаров*: *Право в его основных моментах* стр. 43.

<sup>5</sup> Таково и древнегреческое воззрение на закон.

собой. Когда же воззрение на право отрешилось от всякой теократической окраски, то естественноправовое учение выдвинуло идею возвышающегося над всяким положительным правом, независимого от человеческой воли вечного, неизменного права естественного и идею неотчуждаемых естественных прав человека. Всякое положительное право, как и сама государственная власть, являлись результатом договора свободных личностей и договорного подчинения власти. Обязанность соблюдать право основывалась на договоре между подданными и властителем. Но и в эту нору целый ряд писателей утверждает, что хотя властитель ограничивается естественным правом, но стоит выше положительного права, законов, им самим издаваемых. Когда учение о естественном неизменном и вечном праве пало, в конституционной доктрине еще долго удерживалось воззрение, что конституция, основные законы, на которых основаны полномочия верховной власти, представляют результат договора между двумя самостоятельными субъектами, правительством (монархом) и народом, и, следовательно, обязательно должны быть соблюдаемы обеими сторонами. Это воззрение находило себе фактическую опору в тех постоянных компромиссах и договорах, которые заключались между королевской властью и представителями сословий в средние века и даже в новое время в период революционных движений, с другой стороны, в весьма распространенной еще со времени средних веков идее народного суверенитета, в силу которой народу принадлежит всегда контроль над осуществлением верховной власти. Когда этот дуализм в понимании государственного властвования, как отношения двух противостоящих субъектов, народа и правительства, нашел себе, наконец, объединение в формальном понятии единой юридической личности государства, властвующей суверенно и по собственному праву над всеми элементами входящими в ее состав, для объяснения обязательности права для самой правотворческой государственной власти было выдвинуто новое учение о юридическом самоограничении, самообязывании государственной власти, нашедшее себе со времени Иеринга много сторонников в юридической литературе. В настоящее время это воззрение особенно энергично защищается Iellinek'ом во всех его трудах. Но такое самообязывание не может быть юридическим, так как право, всходящее от государства, как юридической личности, является для него, не властной, внешней нормой, а его собственной, субъективной нормой, а потому для самой личности государства такие нормы, основанные исключительно на принципе автономии государственной воли, имеют не юридический характер, не характер властных приказов, а характер нравственного самоограничения, представляют собой не юридические границы государственной власти, а нравственные; на это указывает Iellinek'у большинство ученых в области публичного права<sup>1</sup>.

С нашей же точки зрения идея юридической личности государства влечет за

---

<sup>1</sup> См. и новейшую критику теории самообязывания у *Duguit: L'Etat, le droit objectif et la loi positive* 1901 стр. 109—131, 540 сл.

собой признание, что право, как выражение воли этой личности, обязательно для всех членов государства, ему подчиненных. Сами властвующие являются членами государства, а потому воля государства, выражающаяся в законах, обязательна и для них, какое бы высокое положение они не занимали; насколько же властвующие действуют правомерно, они — органы государства и не могут быть отделены от самого государства. Государство, понимаемое в качестве юридической личности, является непременно результатом известной правовой организации, т. е. является настолько личностью, насколько обладает единством и волею организованными правом же. Поэтому, государство не может действовать иначе и иначе выражать свою волю, как согласно с правом или в форме права, иначе это не будет воля государства, а частная воля тех или других личностей в государстве, юридически ни для кого необязательная. Монарх, палаты, суд, администрация, нарушающие закон, являются не выразителями воли государства, действуют не как его органы, а как частные лица или как совокупность частных лиц, воля которых, насколько она противоречит законам и праву, юридически недействительна или даже преступна<sup>1</sup>. Правда, примеры подобных правонарушений в области государственного права весьма часты и многочисленны. Многочисленны и примеры, что такие неправомерные акты находили себе фактически такое же подчинение, как и правомерные, но это вопросы факта, которые не ослабляют высказанного нами выше юридического начала, что действие представителя власти, нарушающего законы государства, не может считаться в современном правомерном государстве действием органа государства и выражением государственной воли. Но при этом должно иметь в виду сказанное нами выше о нормативной силе фактов, в силу которой факт постепенно может получить юридическую санкцию, т. е. может образоваться убеждение в правомерности фактического состояния. Такую правовую санкцию получили, как известно, и те насильственные изменения и нарушения действующего правового строя, которые были вызваны даже революциями, не говоря уже о менее крупных нарушениях правового строя.

Во всяком случае, оттеняя этот властный характер правовых норм, мы несколько не желаем ослабить их нравственные устои и назначение, а также не желаем ослабить творческую силу общественных идеалов в области права. Право тем больше будет приближаться к своему идеалу и соответствовать своему назначению, чем более эта нормативная сила будет руководиться нравственными принципами и теми требованиями развивающегося общественного сознания, которые предъявляются к правотворческой власти. И лишь тогда мы могли бы согласиться с формулой, что право — регулируемый сообразно с справедливостью механизм общественных отношений<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См. об этом *Палиенко*: Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение 1903 стр. 382—412.

<sup>2</sup> *Combotheca*: Conception juridique de l'Etat 1899 стр. 6: "Le droit c'est le jeu regularisé de la relation sociale conformément à la justice".

Нравственные основы общественной жизни и соответствие права общественному сознанию являются высшею гарантией действия правовых норм и силы государственной власти:

Взаимодействие права и общественных идеалов справедливости ярко выражено Муромцевым.

Когда, говорит Муромцев, в обществе происходит брожение сил и идей, когда зарождается новый порядок на смену старому — тогда “вопрос о праве и справедливости играет в общественном сознании первенствующую роль; в противоположности этих двух понятий, справедливости и права, общественное сознание воплощает то двойственное состояние, которое оно переживает”... “Право есть порядок действительный, справедливость — порядок желательный; право все знают и его действие испытывают на себе как реальный факт, к справедливости стремятся как к идеалу. Но вот стремления увенчиваются успехом и идеальное становится реальным. Справедливость становится правом... Противоположность справедливости и права теряет свое значение; борьба заменяется миром и вместо двух борющихся противоположностей получается одно право, гармонирующее с требованиями вчерашней справедливости”<sup>1</sup>.

Этот процесс взаимодействия и противопоставления общественных идеальных требований справедливости праву, как положительному порядку, повторяется непрерывно в истории развития правовой жизни не только потому, что не может быть полного соответствия между потребностями и идеалами общества и положительным правом, но и потому, что, вообще говоря, право представляет собой до известной степени консервативное начало и часто отражает в себе архаические пережитки прошлого, не соответствующие современным условиям жизни и этическим воззрениям данного общества или отдельных его классов. Это несовершенство положительного права, его несоответствие общественным требованиям и этическим воззрениям отдельных личностей или целых классов является одной из главнейших причин образования идеи так называемого естественного права. Но нет надобности подводить этот процесс под знамя “возрождения естественного права”. Здесь спор не о словах только, так как одновременное подведение под понятие права всякого рода этических общественных требований и субъективных убеждений и тех властных, общеобязательных норм, которые в обществе в силу своего своеобразного характера выделились в особую группу норм, всегда признавались правом, может повести к путанице представлений в науке права, которая и до сих пор не может похвалиться ясностью и общепризнанностью даже основных своих понятий.

Для того, чтобы называть общественные воззрения и требования, предъявляемые к правотворческой власти, правом, хотя бы естественным, суще-

*Его же:* Conception du droit et de la politique in Revue générale du Droit 1891 стр. 320.

<sup>1</sup> Муромцев: Право и справедливость, Северный Вестник 1892 стр. 256–257.

См. также Э. Танон: Эволюция права и общественное сознание (русск. пер. 1904) стр. 129–139.

ствующим наравне с общепризнанным позитивным правом, нужно доказать, почему же, именно, такие требования являются правом, какие у них содержатся отличительные признаки, дающие возможность называть их правом, а не нравственными, политическими и т. п. воззрениями. Сторонники новой идеи естественного права таких доказательств нам не дают.

Делает это собственно лишь один проф. Петражицкий, который, кроме позитивного права, признает еще интуитивное право, причем указывает, что отличительной чертой, позволяющей отнести интуитивные нормы к праву, является их атрибутивность, которая, по его мнению, служит отличительным признаком всех правовых норм, в том числе, и позитивного права. Но так как атрибутивность свойственна вообще всем нормам должностования (а не одного только права), которые определяют наше отношение к другим лицам, то этот критерий атрибутивности не дает нам никакой возможности выделить из всей массы субъективных норм должного так называемые интуитивные юридические нормы и, следовательно, прийти к выводу, что существует еще, кроме позитивных, общеобязательных норм права, идеальное или интуитивное право.

Итак, мы пришли к убеждению, что право представляет собою положительные нормы, имеющие признаки, которые мы определили выше. Существование так называемого естественного, рационального или, как его называют еще, “идеального” права – мы отрицаем. Но принимая лишь позитивное определение права, мы отнюдь далеко не относимся так отрицательно к естественно-правовой доктрине, как это делают многие позитивисты.

Замечательна судьба идеи естественного права! Пройдя с таким блеском целое тысячелетие культурной жизни человечества, эта идея была смята торжествующим течением историзма и позитивизма в 19-ый век. Казалось, она должна быть окончательно сдана в архив науки. Но вдруг, в конце 19-го и начале 20-го века идея естественного права оживляется, получает новую, более научную форму, и обновленная, поддерживаемая видными представителями науки права, вновь поднимается на бой с своим торжествующим противником, позитивизмом и историзмом, требуя отчета в погрании своих прав и возвращения своего утраченного значения в правовой жизни человечества. Отнестись пренебрежительно к этому возрождению естественноправовой идеи юрист-позитивист не может. Нельзя не призадуматься над причинами столь замечательной живучести и силы этой идеи; уже одно это наводит на мысль, что естественноправовая доктрина не представляла собой лишь одно сплошное заблуждение, она заключала в себе и ценные качества, которыми несправедливо пренебрегли ее противники. И эти ценные стороны заключались в широкой идеологической критике положительного права и в постоянном стремлении осуществить в жизни правовые идеалы культурного общественного сознания, внести этические элементы справедливости и любви к ближнему в повседневную и часто весьма суровую деятельность правового механизма.

Мы имеем в виду посвятить особую работу рассмотрению существа естественноправовой идеи и ее значения для юриспруденции. Здесь же пока ограничимся замечанием, что не следует, во всяком случае, повторять, ошибки естественноправовой доктрины и вводить старый дуализм в единое понятие права, разбивая его на два разнородных явления: право положительное и право естественное, рациональное.

## СУЩНОСТЬ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ И ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ЕЕ ОРГАНИЗАЦИИ В ЕВРОПЕЙСКИХ ГОСУДАРСТВАХ<sup>1</sup>

(Пробная лекция магистранта Н. Палиенка, читанная 5 ноября 1898 г.)

(упорядник М. Куртинец<sup>2</sup>)

**П**равомерность управления – необходимое требование современного культурного государства. Тяжелый жизненный опыт и наука доказали эту истину передовым в историческом развитии народам. “Правовое государство, как заметил Шталь – лозунг и стремление новейшего времени. Оно должно точно определить и ненарушимо гарантировать пути и предел своей деятельности а также свободную сферу граждан; государство должно не далее осуществлять нравственные идеи, чем простирается сфера права; Сущность правового государства не в том, что государство только поддерживает правовой порядок и защищает права граждан, не осуществляя административных задач: понятие его лежит не в цели и содержании государства, но лишь в способе и характере их осуществления”. Из этого определения Шталем правового государства, определения, с которым, по мнению Гнейста, не может не согласиться и всякий противник этого ученого, необходимо вытекает идея правомерности управления. Как осуществление государственных задач в действительной жизни, управление не только должно руководиться соображениями целесообразности, но должно быть основано на праве и, следовательно, на высшем его выражении в государстве – на законе. При нормальных условиях государственной жизни, когда государству не грозит никакой опасности, требующей от правительства принятия каких-либо чрезвычайных мер, в силу необходимости даже вопреки закону, закон должен служить для управления основанием и, во всяком случае, границей его деятельности. Управление должно являться или тотальным исполнителем закона, или же строго держаться установленных законом границ его деятельности; даже действуя в сфере так называемого свободного управления на основании общих полномочий, предоставляемых ему основными началами государственного строя страны, правительство должно не нарушать существующих законов.

<sup>1</sup> Друкується за виданням: *Палиенко Н. И.* Сущность административной юстиции и основные черты ее организации в европейских государствах. – К., 1898. – С. 1–14.

<sup>2</sup> Мирослав Куртинец – к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права Київського університету права НАН України.

Мы не говорим о случаях крайней необходимости, когда требования закона, рассчитанные на нормальный ход государственной жизни, должны умолкнуть перед суровой необходимостью спасения государственного порядка или даже самого государства. Случаи эти не поддаются юридическому анализу — это вопросы факта; “где властвует нужда, говорит Блунчли, и естественные силы, там кончается граница государственного права, и лишь высший нравственный закон сохраняет еще один свою силу и царит над кровавым насилием”. Все, что здесь уместно, может заключаться лишь в требованиях конституций, чтобы по восстановлению нормального хода государственной жизни правительство доказало перед палатами, что чрезвычайный действия его и нарушения законов были вызваны действительной необходимостью. Вне этого печального состояния государства управление должно быть правомерным, иначе государству грозит падение вследствие отсутствия порядка и господства произвола. Но чтобы обеспечить правомерность управления, необходимо создать и систему действительного контроля над ним. Средствами контроля над администрацией в современных государствах служат: контроль представительных собраний — палат, но это контроль по преимуществу политический, его сфера — министерское управление и главное орудие — министерская ответственность; глубоко проникать во все сферы подчиненного управления и восстанавливать нарушенные администрацией права в каждом отдельном случае он не может и не призван по существу. В государствах парламентских он часто, если не всегда, имеет при этом партийный характер. Контроль правительственный, в порядке иерархического надзора высших органов над низшими, имеет большое значение для порядка в управлении, но административные органы не обладают ни надлежащей организацией, ни юридическим авторитетом, чтобы решать споры о правомерности действий администрации, и прежде всего, они не могут быть судьей в деле, в котором весьма часто они же сами заинтересованы и являются в роли ответчиков. Контроль общественный в виде свободы печати, собраний, петиций и т. д. весьма важен в смысле нравственного воздействия на управление и возбуждения внимания органов, власть имущих, но сам не может восстановить нарушенное право и далеко не всегда действителен.

Остается контроль судебный. Всякое лицо, потерпевшее от незаконных актов администрации, обратившись к суду, может защитить свое право, доказав его пред компетентным, доступным и надлежаще организованным органом правосудия. Восстанавливать нарушенное право — это задача юстиции.

Если административный орган нарушает гражданские права, потерпевший может найти защиту в суде гражданском; в случае преступных деяний лицо административное подлежит уголовному Суду.

Но бывают весьма часто случаи, когда органы администрации нарушают публичные права граждан, притом не преступно, а вследствие неправильного понимания закона и своих полномочий, издают неправильные распоряжения, нарушающие права граждан или других органов управления, или же самоуправ-



ления, как-то нарушают свою компетенцию, неправильно взимают налоги, раскладывают подати, устанавливают незаконные повинности, отказывают неправильно в концессиях, неправильно применяют законы о воинской, дорожной, школьной, квартирной повинности, своими распоряжениями стесняют избирательные права граждан, издают незаконные распоряжения в области полиции безопасности и т. п. Причем неправильность может заключаться не только в нарушении формальных определений закона, но и в противоречии административных распоряжений мысли закона. Администрации, пользуясь, например, предоставляемым ей законом правом требования содержания дороги в исправности, может сильно злоупотреблять этим правом, так как безусловно исправной дороги нет и не может быть. Само собой должно подразумевать, что закон не может требовать от граждан невозможного или чрезмерного, выходящего из пределов обыкновенного масштаба человеческих действий. Гнейст в своей работе: “Правовое государство и административные суды в Германии” относит эти последние случаи к несоблюдению “должной меры” (Rechtes Maß). Понятие “должной меры” он не определяет общим образом, а разъясняет его на примерах, причем расширяет сферу судебно-административного контроля до неопределенных границ, относя к нему всякий спор с администрацией по поводу ее распоряжений. В то время, как Штейн и его последователи различали лишь две области управления 1) обставленную правовыми ограничениями, где нарушенное администрацией право восстанавливается судом (область юстиции), и 2) полной свободы администрации, где возможна лишь просьба или жалоба к высшему начальству, а в случае издания неправильных указов в том и другом случае применима и министерская ответственность, Гнейст указывает, что между этими двумя областями юстиции и полной свободы администрации лежит еще третья область, где правительство, формально вращаясь в границах закона, действует партийно, применяя по своему произволу к различным лицам разный масштаб во благо одним, во вред другим.

В этой-то области и лежит, по его мнению, центр административной юстиции, главное назначение которой состоит, между прочим, в противодействии злоупотреблениям новейшей конституционного управления в духе партий. Есть “должная мера” (Rechtes Maß), утверждает Гнейст, которую должна соблюдать администрация в своей деятельности, оценивая, например, такие фактические обстоятельства, влекущие за собой соответственные административные распоряжения, как исправность дороги, чистота улиц, санитарное состояние жилых мест, добрая нравственность лица и др. Для разрешения споров по поводу неправильной оценки таких обстоятельств, необходимо образовать независимый и компетентный не только в вопросах права, но и управления коллегии, которыми бы и принадлежали судебно-административный контроль над подобными действиями администрации. Коллегии эти рассматривали бы жалобы на действия администрации незаконные или не соблюдающие должной меры и отменяли бы неправильные распоряжения. Мне кажется, что Гнейст

слишком широко раздвигает область административной юстиции, подчиняя видению особых судебных органов контроль над оценкой администрацией даже фактических условий, возникающих при управлении. Обеспечение правильной и беспристрастной оценки административными органами фактических условий, возникающих при управлении, может быть достигнуто скорее улучшением в организации самой администрации и правительственного контроля, суды же, хотя и административные, должны иметь твердое основание для своих суждений, а именно закон, в противном случае они скорее без пользы для дела будут тормозить деятельность администрации. Осуществление мысли Гнейста могло бы иметь место лишь при соединении в одном учреждении функций административной юстиции и управления, что и случилось, как увидим ниже, в Германии. Собственно же область административной юстиции заключается в разрешении жалоб на незаконные распоряжения органов управления в области отношений публичного права с целью вызвать отмену этих распоряжений (все равно, будут-ли эти распоряжения иметь общий характер, т. е. будут указами, или же направлены на регулирование какого-либо одного конкретного случая, т. е. распоряжениями в точном смысле слова). Каким же учреждениям должна быть предоставлена административная юстиция? Так как здесь идет речь о праве в области управления — о публичном праве, то учреждения эти должны быть такими, которые представляли бы все гарантии правильного разрешения этого спора. Т. е. они должны быть коллегиальными, с независимыми, сведущими в вопросах права и управления членами, рассматривающими дела публично с применением процессуальных начал устности и состязательности. Таким условиям удовлетворяет только организация судов. Но суды гражданские и уголовные, как совершенно справедливо утверждает проф. Коркунов, не подходят к задачам административной юстиции! Прежде всего, суды эти рассматривают незаконные действия администрации лишь в отношении к отдельному частному случаю нарушения права с целью восстановить нарушенное гражданское право лица или наказать виновного. Отменить же незаконное распоряжение административной власти и тем устранить возможность новых нарушений права и различных недоразумений суды эти сами не могут. Далее, ни надлежащих знаний в области публичного и административного права, ни вообще технических сведений при оценке вопросов активного управления у большинства профессиональных судей гражданского и уголовного права нет. Главное же, — формы гражданского и уголовного процесса для разрешения дела административной юстиции непригодны. Уголовный процесс предполагает наличие обвиняемого и обвинителя, по общему правилу, в лице представителя государственной власти. В административном же процессе административная власть является ответчиком, а обвиняемого нет и не может быть, так как здесь нет речи о преступлении. В гражданском процессе стороны хозяева дела, сами собирают доказательства и по взаимному соглашению могут определить даже последствия процесса. Но в административном процессе на первом плане стоит

не частный, а публичный интерес — законность управления. Исход процесса поэтому не должен зависеть от умения, настойчивости или взаимного соглашения сторон, иначе это могло бы привести даже к компромиссам между органами администрации и жалобщиком в ущерб законности управления. Поэтому административный суд должен самостоятельно рассмотреть дело, собрать доводы за и против и дать им надлежащую оценку. Административный судья в процессе гораздо активнее гражданского. Сила же решения административного суда, касаясь публичного, а не частная права, необходимо отражается и на третьих лицах; например, решение об освобождении лица от воинской повинности повлечет за собой призыв под знамена поочередно всех вынужденных следовать за жалобщиком номера в случае освобождения предыдущего номера. Поэтому решения административного суда могут быть обжалованы не только участниками процесса, но, как признает и наш устав о воинской повинности, и всяким заинтересованным лицом. Таким образом особенности административного иска требуют и организаций особых административных судов, рассматривающих с соблюдением процессуальных форм споры о незаконных распоряжениях администрации в сфере публично-правовых отношений с целью отмены этих распоряжений и восстановления таким образом законного порядка в управлении.

Выяснением начал административной юстиции наука особенно обязана немецким ученым. Штейн, Шталь, Гнейст со своими последователями, особенно Гнейст, вложили в науку ценный вклад своими исследованиями в этой ясной для государственной жизни области и положили основание для дальнейших исследований в этом направлении. У нас в России выяснению начал административной юстиции посвятили свои труды профессора Куплеваский и Коркунов; есть еще реферат г. Тигранова, читанный в Тифлисском юридическом обществе и посвященный вопросу о положении административной юстиции в России, собственно, в области городского самоуправления. Проф. Коркунов, соглашаясь с тем, что понятие административной юстиции может быть выяснено лишь в связи с различием частного и публичного нрава, не соглашается однако с немецкими учеными, видящими особенность административной юстиции в сравнении с гражданской и уголовной в свойстве объекта правонарушения, а именно в нарушении публичных прав. Он утверждает, что и различие уголовной и гражданской судебной охраны определяется не свойствами нарушенного права, а свойством самого правонарушения и его последствий. Нарушение одного я того же права, например имущественного, может влечь за собою одновременно и гражданскую и уголовную ответственность и нарушение публичного права, например, незаконное лишение свободы, может послужить основанием для гражданского иска за причиненный тем самым материальный вред. Нарушение же публичных прав зауряд составляет уголовно-наказуемые деяния. Поэтому, по его мнению, особенность административной юстиции сравнительно с гражданской и уголовной лежит в особенности последствий

правонарушения, осуществляемых административным иском, именно в отмене незаконного распоряжения. Эта отмена здесь имеет особое и самостоятельное значение, так как одно уже издание незаконного административного распоряжения, осуществляемого без посредства суда самой администрацией под страхом принуждения и ответственности непови누ющегося, имеет совершенно иное значение, нежели, например, заключение гражданской сделки, которая может быть осуществлена при отказе контрагента от исполнения ее лишь при помощи суда. Вот почему отмена незаконного административного распоряжения имеет более самостоятельное значение, чем признание ничтожным какого либо гражданского акта, имеющего лишь значение, как условие возражения или притязания стороны. Со своей стороны думаю, что административный иск в своей цели действительно отличается, между прочими, этой особенностью от гражданского, а от уголовного процесса еще и свойством правонарушения.

Но с другой стороны, материальное основание административного иска, отличающее его от основания гражданского иска, все же лежит, вопреки мнению проф. Коркунова, также и в объекте правонарушения, именно, не в гражданских, а публичных правах, нарушаемых управлением, тогда как в гражданском иске мы всегда имеем нарушение гражданского права. Что иногда нарушение публичного нрава, как напр., лишение свободы, влечет за собой и гражданский иск за причиненный ущерб, то это просто потому, что одновременно и тем же актом может быть нарушено и гражданское право лица, которое и находит себе охрану в гражданском суде; таким образом объекты правонарушения здесь различны: гражданское и публичное право, а не одни и те же, как думает проф. Коркунов.

Обратимся теперь к рассмотрению оснований организации административной юстиции в европейских законодательствах.

В Италии и Бельгии административная юстиция предоставлена обыкновенным судам. Конфликты же между судом и администрацией разрешаются в Бельгии высшей инстанцией суда, в Италии же высшим административным учреждением — государственным советом. Также в Испании спорные вопросы публичного права в области самоуправления переданы недавно обыкновенным судам. Во Франции господствует совершенно иной взгляд. Исходя из принципа разделения властей, там полагают, что предоставление обыкновенным судам административной юстиции повлекло бы за собой нарушение этого принципа и подчинение административной власти судебной. Имея в виду наибольшее обеспечение свободы администрации при организации административной юстиции, французская теория и законодательство предоставляют эту юстицию административной власти, как ее принадлежность. Vivien в своих “*Etudes administratives*” прямо утверждает, что власть администрации двоякого рода: 1) свободная или дискреционная и 2) обставленная правовыми ограничениями. Последняя и есть административная юстиция. Поэтому во Франции произведено в сфере самой администрации выделение из активного управле-

ния (*administration active*) администрации судящей (*administration contentieuse, tribunaux administratifs*). Последняя и разрешает жалобы на нарушение административными органами при исполнении ими функций управления формальных определений закона, относя сюда *violation des lois, incompetence et excès du pouvoir*, но практика подвела под эти понятия и вообще несоответственное цели пользование администрацией своими полномочиями, хотя бы и при формальном соблюдении закона. Помимо специальных административных судов для некоторых отраслей управления (напр., для народного образования), административная юстиция вверена следующим общим административным органам: советам префектуры в первой инстанции и государственному совету, *délibérant en contentieux*, во второй. Органы эти действуют коллегиально, публично и с соблюдением процессуальных форм, с участием адвокатов и прокуратуры. Они отменяют как незаконные указы, так и основанные на них распоряжения. Но органы эти не пользуются независимостью от администрации: советы префектуры состоят из советников, вполне зависимых от администрации и имеющих кроме того административные занятия, председатель же – префект, главный администратор в департаменте. Члены государственного совета также зависят от правительства и не пользуются судьейскою несменяемостью. Обыкновенным судам не предоставлено право возбуждать конфликты с административными судами, в то время как администрация пользуется этим правом по отношению к судам. К этому нужно добавить, что определение предметов компетенции административных судов во Франции далеко не последовательно, напр. споры относительно прямых налогов выдаются административными судами, а относительно косвенных обыкновенными. Административные суды ведают во Франции даже некоторые чисто гражданские правонарушения, если стороной является администрация. Такая постановка административной юстиции вызвала к себе отрицательное отношение. В основе ее положено неправильное начало. Разграничение административной юстиции от обыкновенной произведено на основе различия субъектов правонарушения и согласно якобы с началом разделения властей. Но признание, будто разделение властей административной и судебной не допускает судебного контроля над действиями администрации, равносильно, как справедливо замечает проф. Коркунов, признание администрации судьей в деле, в котором она сама является заинтересованной стороной, что приводит к совершенно другому результату, а не к тому, который имели в виду во Франции, т. е. не к началу разделения властей, а полному смешению суда и администрации, т. е. к отрицанию этого принципа. Во Франции такое странное толкование начала разделения властей было результатом недоверия к судьям, в которых в революционную эпоху, откуда берет начало нынешняя организация французской административной юстиции, видели сторонников старого порядка, притом такая постановка адм. юстиции, при которой органы управления выступают судьей в собственном деле, мыслима лишь при той всеобъемлющей централизации и опеке всемогущей администрации, которые

существуют во Франции; при развитой же системе самоуправления она, как справедливо замечает проф. Коркунов, невозможна, так как поручать органами самоуправления административную юстицию потому уже нельзя, что они сами нуждаются в государственном надзоре. В Англии организация административной юстиции тесно связана с исторически развившимся широким самоуправлением и. представляет собою, главным образом, применение форм судебной юрисдикций к самоуправлению. Гнейст в своих работах выяснил, как совмещение судебных и административных обязанностей в должности независимых по общественному положению мировых судей Англии, при широком регулировании законодательством норм административного нрава, при развитом правовом контроле и чувстве законности англичан, привело к усвоению администрацией форм и порядка судебной процедуры. Таким образом в низшей инстанции административная юстиция вверена мировым судьям и их съездам, в высшей же подчиняется в ревизионном порядке общегосударственному суду королевской скамьи. Следовательно, в Англии административная юстиция принадлежит обыкновенному суду только в высшей инстанции; им же решаются споры о компетенции между судами и администрацией. Лишь в некоторых недавно реформированных отраслях управления: управлении бедными, строительном, в охране народного здоровья административная юстиция вверена высшему административному органу — бюро местного управления. Общего определения компетенции административной юстиции в Англии нет; перечень административных дел, подлежащих ведению съездов мировых судей, пополнялся по мере нужды в распространении правового контроля на ту или другую сторону управления, обнимает теперь более 100 рубрик различных апелляций и представляет большое разнообразие сроков обжалования и процедуры разбирательства. Перечень же способов обжалования перед общегосударственным судом еще длиннее, как и список вопросов, могущих быть предметом постановлений. Английская административная юстиция, как и французская, не шла далее эмпирического нормирования своей компетенции.

Возражение Гнейста на административную юстицию нашло себе наиболее полное осуществление в прусской системе ее, образованной законом 1872—1875 г. В Пруссии для рассмотрения спорных дел в сфере управления и контроля над законностью распоряжений (но не указов вообще и королевских указов, которые могут подлежать лишь контролю палат) образованы три инстанции административного суда — уездная управа, окружная управа и высший административный суд. Уездная управа — орган административного суда и управления, но при разборе судебных дел действует с соблюдением процессуальных форм. Она состоит из председательствующего в ней, главного административного лица в уезде, ландрата, назначаемого королем из местных жителей, и 6 избираемых уездным земским собранием (крейстагом) членов. Окружная управа — орган административного суда и надзора над целесообразностью действий самого окружного управления. Она состоит из председательствующего

Regierungspräsident'a (губернатора) и 6 членов, из коих двое назначаются королем, а четверо избираются провинциальным ландтагом. Наконец, высший административный суд уже исключительно орган админ. юстиции, высшего надзора над всей администрацией и состоит из назначаемых королем и несменяемых председателя и членов. Половина коронных членов в административных судах должны удовлетворять условиям научного и практического ценза, требуемого для занятия высших административных должностей, другая половина — для занятия высших судебных должностей. Суды эти действуют с применением форм судебной процедуры и соблюдают начала устности, гласности и состязательности при разбирательстве дел. В общую систему судов административные суды не введены и находятся в ведомстве министерства внутренних дел, в виду того обстоятельства, что эти органы административной юстиции заведуют, хотя и в особом порядке, делами активного управления. Таким образом органы адм. юстиции в Пруссии лучше организованы, нежели во Франции, хотя они не имеют права отмены незаконных указов, а только распоряжений, что составляет недостаток прусских адм. судов. Они более независимы и компетентны. При том они разбирают лишь споры о публичных правах и интересах и не ведают в делах, входящих в область гражданской юрисдикции, как это бывает во Франции.

Конфликты между администрацией и административными судами разрешаются последними, конфликты же между адм. судами и обыкновенными разрешаются обыкновенными. Предметы ведомства адм. судов, как и во Франции, перечислены в особых рубриках по предметам. Аналогическое устройство судов, хотя и с большими различиями в подробностях, существует и в других германских государствах.

В Австрии существует особый тип административной юстиции, построенный на идее федеративного соединения автономных провинций и народов. Организован лишь один центральный адм. суд с значением кассационной инстанции для спорных административных дел, которые в низших инстанциях ведаются органами местной активной администрации. По закону 1875 админ. суду подлежат все дела, в которых частное лицо утверждает, что права его нарушены незаконными постановлениями администрации. Но для рассмотрения споров о публичных правах между органами автономного управления австрийских провинций и жалоб граждан на нарушение прав, гарантированных им конституцией, существует особый имперский суд (Reichsgericht).

Низших органов адм. юстиции в Австрии не создано в виду крайней трудности их организации при разнообразии местного управления в автономных провинциях страны.

Так разнообразно организована административная юстиция на западе Европы. Весьма большое разнообразие в объеме ее и процессуальных порядках. Разнообразие начал, положенных в основание отдельных многочисленных отраслей управления, и неравномерная разработка их крайне затрудняют

обобщение принципов внутреннего управления и организацию однообразной системы административной юстиции для всех частей управления. Наряду с общими административными судами существуют поэтому еще специальные суды для разных отраслей управления. Предметы же ведомства административных судов не подведены под одно общее определение их компетенции, а перечисляются отдельно, так сказать, эмпирическим путем. Организация адм. судов тесно связана с общими политическими условиями, с особенностями государственного строя каждой страны. Как справедливо замечает проф. Куплеваский, на континенте, где администрация могущественна и централизована, отделение адм. юстиции от администрации имеет большее значение, чем в Англии с ее широким самоуправлением. Во всяком случае, в главных европейских государствах пришли к убеждению в необходимости надлежащей организации системы админ. судов.

Потребность в создании их выяснилась государственной жизнью и нашего отечества. В России административные департаменты сената, присутствия губернские, по земским и городским делам, по воинской повинности, по разным отраслям финансового управления ведают, между прочим, споры по делам административным, входящие в область административной юстиции.

Но состав их членов далеко не всегда удовлетворяет требованиям надлежащего образовательного ценза, зависит от администрации, в огромном большинстве случаев непосредственно участвует в управлении и часто является судьей в собственном деле.

В различных смешанных губернских присутствиях председательствует губернатор, главный администратор в губернии, от которого так или иначе зависят почти все члены присутствий, и притом лицо, обремененное делами текущего управления. Самый порядок рассмотрения спорных административных дел в сенате и присутствиях не публичный, без применения устности и состязательности и других процессуальных гарантий. Если к этому присоединить неясное разграничение понятия закона и правительственного распоряжения и крайнюю зависимость административного персонала от начальства, ослабляющую гарантию закономерного повиновения их последнему, требуемого законом, мы, к сожалению, должны признать, что постановка административной юстиции у нас нуждается в значительных улучшениях. В России, где администрация еще более могущественна, чем во Франции, а контроль над управлением слабый, надлежащая организация админ. юстиции — дело высокой важности. Наши монархи и законодательство всегда настаивали на водворении начал законности в управлении. Ведь основные законы (стр. 47) гласят, что “империя Российская управляется на твердом оснований положительных законов, учреждений и уставов, от самодержавной власти исходящих”. Незабвенные слова монарха эпохи великих реформ, императора Александра II: “правда и милость да царствуют в судах” получают еще большее значение при распространении правильного правового контроля административных судов на всю сферу подчинен-



ного управления в нашем отечестве. Само собою разумеется, что эта реформа должна быть тщательно соображена с особенностями нашего государственного строя, но улучшение в организации административной юстиции безусловно необходимо. Контроль обыкновенного суда над управлением распространяется у нас, если не считать случаев гражданского иска к органам администрации и их уголовного общения, только на те случаи, когда частные лица привлекаются к ответственности за неисполнение распоряжений органов администрации, но, во первых, взыскание за неисполнение многих административных распоряжений предоставлено самой же администрации и изъято из судебного контроля, во вторых, этим далеко не ограничивается необходимость в правовом контроле над администрацией, которая может нарушать публичные права граждан в сфере управления, и не привлекая при этом никого к ответственности, охрана таких прав и составляет задачу административной юстиции.

## ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ (упорядник О. Малишев<sup>1</sup>)

### *Введение*

**К**ак бы долговечными ни казались те формы, в которые складывается жизнь общественных союзов, в том числе и государств, они неизбежно в силу законов развития, эволюции, общественных отношений, рано или поздно изменяются, разрушаются и уступают свое место новым формам.

Государственный строй и управление, весь организующий и определяющий государственную жизнь порядок. являются теми формами, в которые складываются взаимные отношения членов государства, их отношения к целому союзу и другим общественным союзам.

С изменением условий и содержания жизни общественного союза изменяются и его формы.

Государство есть общественный союз верховного принудительного властвования. Его основные элементы: народ, определенная территория (по крайней мере для всех оседлых народов) и власть верховно господствующая в пределах этой территории над всеми членами союза. Изменения в одном из этих основных элементов государства влекут соответственные изменения в государственном целом. Особенно яркими и резкими являются те изменения, которые вызываются внешними в отношении данного государства силами, как-то: насильственным воздействием на государство со стороны других государств (подчинение, завоевание); не столь заметный и быстрый, но не менее глубокий переворот в формах государственной жизни влекут изменения, постепенно совершающиеся внутри самого государства, в его общественных элементах.

---

<sup>1</sup> Олександр Малишев – к.ю.н., науковий співробітник відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

Изменение условий общественной жизни, повышение или понижение экономического благосостояния населения или отдельных его классов, рост или упадок культуры, развитие общественного самосознания — все это вызывает соответствующие изменения в составе и соотношении различных общественных элементов в государстве, в содержании их интересов и направлении их жизни.

Эти изменения, в свою очередь, с течением времени неизбежно отражаются на устройстве, характере и деятельности государства и государственной власти, которая имеет основание в общественных же силах и сама представляя собой известным образом организованную волю и силу общественного союза — государства. Таким образом изменяются установившиеся формы отношений в государстве, изменяется право, как продукт общественной жизни и в то же время ее регулятор.

Право, действующее в государстве, будет ли это обычное народное право или законы, исходящие от верховной государственной власти, являются теми обязательными правилами, которыми властно определяются не только интересы и отношения частных лиц, отношения координации (частное право), но и отношения публичного характера, взаимные отношения властвующих и подчиненных, отношения государственного властвования и подданства.

Обеспечивая совместную мирную жизнь членов государства, регулируя и умеряя борьбу разнообразных интересов, поддерживая сохранение и развитие общественной солидарности под защитой всей организованной власти общественного союза, право является необходимым и важнейшим фактором государственного самосохранения и развития.

Ясно, что для выполнения таких общественных задач государственная власть и устанавливаемое ею право должны пользоваться необходимым авторитетом в массе населения государства или по крайней мере в наиболее деятельных, сознательных и влиятельных его классах.

Власть и право, не соответствующие более реальному соотношению общественных материальных и моральных сил в стране, жизненным интересам населения и его представлениям об общественной справедливости и благе, быстро утрачивают необходимую моральную опору в народной массе.

“Мне кажется полезным, писал в своих “Письмах о ста днях” знаменитый французский публицист Бенжамен Констан, чтобы правительство знало, что когда оно угнетает или позволяет меньшинству угнетать во имя его, то не нужно устраивать заговоров против правительства, чтобы его свергнуть.

По мере распространения просвещения и лучшего разумения людьми своих прав и интересов, народы делают свое дело, так сказать, помимо правительства. Они соглашаются поддерживать и защищать правительство только тогда, когда видят в сохранении его ясную и определенную пользу”<sup>1</sup>....

---

<sup>1</sup> *B. Constant: Lettres sur les cents Jours. P. 1.*

На правительстве лежит, поэтому, обязанность внимательно следить за развитием общественной жизни и чутко прислушиваться к требованиям и запросам общества, чтобы вводить своевременно необходимые преобразования в государстве. Если правопорядок, поддерживаемый правительством, сильно отстает от требований постоянно изменяющейся общественной жизни и резко расходится с изменившимися общественными представлениями об общественном благе и справедливости, то такой правопорядок не только не поддерживает существования государства, но вследствие отсутствия соответствия между формой и действительным содержанием общественной жизни обращается в тяжелые оковы, давящие жизненные силы народа и обессиливающие государство. Действующее право утрачивает тогда свой авторитет, осуждается в общественном сознании и вызывает все более усиливающееся к нему враждебное отношение общества. Упорство и репрессии правительства еще более усиливают недовольство в народе, и в дальнейшем наступает момент, когда раздраженные и ясно сознающие всю невыносимость своего правового положения, общественные силы, не имея другого выхода, поднимаются на насильственное разрушение гибельной для них принудительной правовой оболочки, сковывающей все их насущные жизненные требования.

Государство сходит тогда с пути нормального мирного развития, и переживает сильнейший кризис, революцию. Странники нового права, еще не существующего, но желанного и требуемого, вступают в решительную борьбу с сторонниками существующего положительного права, и, следовательно, со всеми тесно связанными с последним интересами.

Такими, направленными на реформы, революциями полна история народов. Их истинные причины кроются в болезненном состоянии государства, в резком несоответствии сложившихся форм государственной жизни современным жизненным требованиям общества, а не в одном властолюбии политических авантюристов или же в так называемых “крайностях” тех или других политических партий, как это можно было бы думать, имея в виду лишь чисто внешнюю сторону событий в революционном процессе.

Знаменитый немецкий ученый юрист Иеринг ярко характеризует эту неизбежную борьбу за реформы в праве.

“Очень часто бывает, говорит он, что осуществление реформы возможно только путем крайне сильного вторжения в область существующего права и частных интересов. С существующим правом в течение долгого времени настолько крепко сплелись интересы тысячей индивидуумов, что нет никакой возможности изменить его, не причинив существенного урона последним; поднять вопрос о таком правовом положении или учреждении – это значит объявить войну всем этим интересам, вырвать полип, который тысячами отростков впился в больной организм.

Всякая попытка подобного рода вызывает в силу естественного самосохранения самый ярый отпор со стороны угрожаемых интересов и, конечно,

борьбу, в которой, как и во всякой борьбе, одерживает верх не важность того или другого положения, но соразмерность сил взаимодействующих сторон, причем нередко получается тот же результат, как и в параллелограмме сил, т. е. отклонение от первоначального направления по диагонали.

Только этим и можно объяснить, что учреждения, над которыми общество уже давно произнесло свой явный приговор, часто еще долго продолжают свое существование; не сила исторической инерции, а сила сопротивления связанных с их сохранением интересов поддерживает их жизнь. Во всех таких случаях, где существующее право имеет за собою интересы, приходится новому праву вести для своего установления борьбу, которая иногда продолжается целые столетия. Высшей степени своего напряжения достигает эта борьба, когда интересы приняли вид приобретенных прав. Здесь становятся друг против друга две партии, каждая из которых имеет на своем знамени святость права; одна святость исторического права, права прошлого, другая вечно творящегося и обновляющегося права”<sup>1</sup>...

Столкновение идеи права с правом историческим по отношению субъектов борьбы, поставивших на карту все свои силы и все свое существование за свои убеждения и подлежащих божественному приговору истории – такое столкновение приобретает характер трагедии.

Все великие приобретения, которыми отмечена история права, как уничтожение рабства, крепостного состояния, свободы поземельной собственности, промысла, совести и т. д., говорит Иеринг, – все они достались путем упорной, целые столетия продолжавшейся борьбы; нередко целые потоки крови и всегда разрушенное старое право показывают тот путь, по которому шло новое право. Ибо право есть “Сатурн, пожирающий собственных детей”; право только тем и обновляется, что само уничтожает свое прошедшее “Но нужно ли нам сожалеть, что это так?” Спрашивает Иеринг. „Напротив, отвечает он, именно потому, что право не достигается народом без труда, не сваливается с неба, что только путем неустанных стремлений, борьбы, труда и крови могут они его достигнуть, это обстоятельство и служит причиной тесной внутренней связи народов с правом, связя подобной той, которая устанавливается при рождении между матерью и ребенком.... Мать, родившая дитя, не позволит его похитить; тем менее позволит народ уничтожить свои права и учреждения, которые он добыл кровавым потом. Не только привычка, но и принесенные жертвы куют ту цепь, которая соединяет народ с правом”<sup>2</sup>

Но, раз с существующим правом, как это справедливо указывает Иеринг,

<sup>1</sup> Ср. также замечания *Iellinek'a* (Allg. Staatslehre B. I, стр. 323 сл.) о роли консервативного и эволюционного элементов в преобразовании государственного правопорядка и в политической борьбе.

Также *R. H. von Herrmann: Die Staatsformals Gegenstand Verfassungsgesetzgebung und Verfassungänderung 1901*, стр. 47 сл.

<sup>2</sup> *Иеринг: Борьба за право. Русск. Перев. Под редакцией Свешиковой 1895 г. стр. 18, 22*

так тесно связаны выгоды и интересы целых разрядов лиц, раз процесс образования права, в том числе, конечно, и сложившегося исторически, действующего права, сопровождается или сопровождался тяжелыми жертвами, которые делают это право столь дорогим для покровительствуемых им лиц и общественных классов, то ясно, насколько необходимо при каждой крупной правовой реформе, как бы она ни представлялась полезной и справедливой, считаться с исторически сложившимся порядком, со степенью его устойчивости и силами, его поддерживающими. Настоящее тесно связано с прошлым и будущее с настоящим. В борьбе за право будущего ошибочная оценка сил сторонников старого права и влияния исторически сложившегося уклада отношений на дальнейшее развитие общественной жизни столь же опасна для реформаторов, как и неразумное упорство, косность и пренебрежение в реформаторским стремлениям широких общественных слоев опасно для защитников старого порядка. При сколько-нибудь относительном равенстве борющихся общественных сил необходим своевременный компромисс интересов, крайняя напряженность и упорство в борьбе делает ее крайне затяжной и острой, влечет за собой быстро развивающуюся анархию и истощает все жизненные силы государства. При таких условиях государству грозят самые роковые последствия: оно легко делается жертвой внешнего завоевателя или свирепых, разрушительных и деморализующих всю общественную жизнь внутренних диктатур.

В настоящее время Россия переживает именно такой опасный государственный кризис. Единственный выход из него давно указан уже всеми культурными элементами народа.

Он заключается в скорейшем преобразовании государственного строя России на началах свободного правового государства.

Без такого преобразования не могут быть надлежащим образом удовлетворены важнейшие экономические и культурные нужды населения.

Необходимость такого преобразования признана уже и правительством. Это видно особенно из вознесенных Высочайшим манифестом 17 октября 1905 г. преобразований и прямо выражено в Всеподданнейшем докладе статс-секретаря графа Витте, получившем санкцию Монарха в надписи “принять к руководству”.

“Волнение, охватившее разнообразные слои русского общества, говорится в этом докладе, не может быть рассматриваемо, как следствие частичных несовершенств государственного и социального устройства или только как результат организованных действий крайних партий. Корни этого волнения, несомненно, лежат глубже. Они – в нарушенной равновесии между идейными стремлениями русского мыслящего общества и внешними формами его жизни. Россия переросла форму существующего строя. Она стремится к *строю правовому на основании гражданской свободы*”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Курсив наш [Авт.]

В чем же заключается сущность правового государства?

### **Правовое государство.**

#### Глава I.

“Правовое государство” – термин сравнительно недавнего происхождения. Он был введен в обращение известным немецким государствоведом Робертом фон-Моелем в тридцатых годах XIX-го века<sup>1</sup>. Но то представление, которое теперь соединяется с этим словом, явилось результатом многовекового развития политической жизни и правовой мысли современных культурных народов. Начала правового государства выяснялись и утверждались в борьбе европейских народов за право и свободу против произвола правительств и безграничных притязаний государственной власти, начиная с XVI-го века<sup>2</sup>, и особенно против всеобъемлющей и подавляющей опеки бюрократически-полицейского государства XVII-го и XVIII веков.

Установившаяся почти повсюду в Европе, за исключением Англии, сильная самодержавная монархическая власть уничтожила то раздробление политической власти, которое произошло в феодальную эпоху средних веков и объединило народы в сильные национальные государства. Опираясь на сильную армию, окружив себя многочисленным, преданным и хорошо организованным чиновничеством, королевская власть стала самовластно распоряжаться всей жизнью государства.

Она уничтожила и те остатки средневековых вольностей и сословных прав, которые могли бы оказать некоторую сдержку деспотическим притязаниям правительства.

Народ был совершенно устранен от всякого участия в законодательстве и управлении страной и подвергнут подавляющей правительственной опеке. Отчуждение между правительством и обществом все более росло. Истина, что каждая власть прежде всего зиждется на уважении и преданности к ней народных масс и существует лишь для блага народа, игнорировалась, хотя правительство часто ссылалось на “благо народное” и в таких своих мероприятиях, которые не имели с этим благом ничего общего. Лишь высшие классы, духовенство и дворянство, из которых набиралось чиновничество и придворная знать, встречали покровительство и получали все большие привилегии в ущерб остальной массе населения, жизнь которого становилась все тяжелее. Законность все более падала. Прежде существовало еще особое различие между законом и простым правительственным распоряжением. Но значение закона, этого высшего для всех правила в государстве, которому не могут противоречить никакие распоряжения правительства, было подорвано после того, как монархи сделались его исключительными творцами и даже объявляли себя стоящими выше всякого

---

<sup>1</sup> *Robert von Mohl: Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats 1832.*

<sup>2</sup> См. *Палиенко, Суверенитет: ист. развития идеи суверенит. ст. 107.*

закона, хотя бы то был основной закон страны; всякая воля монарха, как бы она ни выражалась, получила вследствие этого ту же силу, что и закон<sup>1</sup>.

В государствах абсолютных, где вся государственная власть сосредоточена в руках одного лица или учреждения, законность по одной уже той причине не может утвердиться, что за отсутствием действительного разграничения функций государственной власти, законодательства и управления, происходит постоянное смещение законов с правительственными распоряжениями уже в высшем источнике власти, откуда уже это смещение распространяется по всей сфере правительственного механизма и государственной жизни.

Подобное слияние властей или точнее государственных функций, а как справедливо указывал Монтескье и другие политические мыслители, и как это показал опыт, грозит величайшей опасностью гражданской свободе и подрывает необходимые основы правомерного управления.

Начало законности подавляется началом целесообразности и правительственного усмотрения. Твердые положения закона совершенно подрываются изменчивыми и произвольными распоряжениями и актами правительства.

Опираясь на волю неограниченного монарха или данные им полномочия, могущественная администрация действовала вполне свободно, дискреционно, руководствуясь лишь так называемыми “видами правительства”. Политически бесправное население постоянно терпело произвольные посягательства на свою жизнь, совесть, честь, свободу и имущество от всякого рода управителей. Всякие союзы, собрания преследовались, как опасные для правительства.

Печать была сдавлена цензурой и карами. Общественная самодеятельность совершенно подавлена.

Хозяйственная и культурная жизнь населения была подвергнута строжайшей полицейской опеке. Средства государства бесполезно и бесконтрольно расходовались и вследствие этого финансовое положение, типичной страны такого порядка, Франции к концу XVIII века сделалось прямо критическими. Естественно, что эта страна с подавленной личной и общественной самодеятельностью, управляемая всемогущими временщиками и отчужденным от народа и мало знающим его нужды чиновничеством, все более приходила в расстройство, теряла терпение, волновалась, и наконец, выступила на путь великой революции, потрясшей всю Европу. Вслед за Францией волны революционного движения в течение XIX-го века разлились по всем государствам Западной Европы, где в том или другом размере господствовали те же порядки, что и во Франции. Это революционное движение, несмотря на его превратности, привело повсюду в Западной Европе к крушению старого абсолютного и полицейского государства и постепенному утверждению начал конституционного правового государства.

<sup>1</sup> Против этого порядка энергично протестовали во Франции, в дореволюционной Франции перед революцией, суды, парламенты, но были приведены к молчанию репрессивными мерами правительства.

Образом правового и конституционного государства послужили для европейцев Англия и Североамериканские Соединенные Штаты.

Первая своими представительными учреждениями, соотношением властей законодательной, судебной и исполнительной, а также гарантиями гражданской свободы, а Североамериканские штаты также своими писаными конституциями, декларациями прав граждан, союзным строем и демократическими республиканскими принципами.

Разъяснению и проведению в жизнь идеи правового государства особенно способствовали представители либеральной доктрины естественного права и особенно конституционной доктрины, начиная с 17-го века.

В учениях конституционалистов особенно ярко проявилось стремление ввести государственное властвование в правовые границы и отрицательное отношение к безграничности, абсолютизму государственной власти, в чьих бы руках она не находилась (монарха или народа).

Сущность конституционализма именно и состоит в установлении системы правовых гарантий против произвола власти, в признании гражданской свободы и политических прав подданных.

Под свежим и печальным воспоминанием произвола абсолютного монархического режима и королевского суверенитета “Божией милостью”, французская революция провозгласила демократический принцип народного суверенитета, и французское учредительное собрание в заседаниях 20–26 августа 1789 г. выработало и провозгласило по образцу американских биллей о правах знаменитую декларацию прав человека и гражданина.

Как говорится во введении к этой декларации “Представители французского народа, принимая во внимание, что пренебрежение или забвение прав человека суть единственные причины общественных несчастий и порчи правительств, решились изложить в торжественной декларации естественные, неотъемлемые и священные права человека, дабы это объявление, будучи постоянно в виду всех членов общества, непрерывно напоминало бы им об их правах и обязанностях, дабы действие властей законодательной и исполнительной, будучи постоянно сравнимаемы с Целью всякого политического учреждения<sup>1</sup>, были бы более уважаемы; чтобы требования граждан, основанные отныне на началах простых и бесспорных, обращались всегда к поддержанию конституции и благу всех”.

Несмотря, однако, на столь торжественно провозглашенные “священные” права, революционные правительства Франции не стеснялись попирали эти права во имя народного верховенства и в интересах якобы “общественного блага”.

При таких условиях демократический принцип народного суверенитета,

<sup>1</sup> Цель же эта в § 2 декларации определяется, как “сохранение естественных и неотчуждаемых прав человека; эти права суть свобода, собственность, безопасность и сопротивление насилию”.



заменивший суверенитет абсолютного монарха и провозглашенный в качестве важнейшей гарантии политической свободы и прав граждан, получал значение той же абсолютной власти и в действительности грозил под знаменем гражданской свободы вновь создать во Франции систему государственного абсолютизма со всеми ее печальными последствиями<sup>1</sup>.

Против такого понимания верховной власти народа выступал еще Сийес в своей речи в учредительном собрании 2 термидора III года; “Заметьте, говорил Сийес, что я говорю именно о народном верховенстве, так как только оно и может быть признано. Это слово представляется воображению столь колоссальным только потому, что ум французов, еще полный монархических предрассудков, вменил себе в обязанность наделить народное верховенство всеми унаследованными пышными атрибутами, которыми блистали узурпированные верховенства. Я же говорю, что по мере просвещения и удаления от тех времен, когда полагали, что знают, а на самом деле только хотели, понятие верховной власти, суверенитета, войдет в свои истинные границы, так как, повторяю еще раз, суверенитет народа не может быть неограниченным... Пределом всякого общественного учреждения является индивидуальная свобода”.

С особенной силой убеждения и красноречия выступил против принципа безграничности верховной власти один из главнейших представителей конституционализма в первой половине 19-го века, Бенжамен Констан в своих “Принципах политики”. (1815 г.).

Хотя возражения Бенжамена Констан направлены собственно против безграничности народного суверенитета, но они имеют общий характер, будучи направлены вообще против абсолютизма верховной власти, и заслуживают самого глубокого внимания.

Бенжамен Констан начинает с утверждения, что принцип народного суверенитета, т. е. верховенства общей воли, не может быть оспариваем. Искажения этого принципа приводили, говорит Констан, лишь к бедствиям и преступлениям. Закон должен быть выражением воли всех или только некоторых.

В последнем случае каков источник этой привилегии меньшинства?

Если это сила, то сила принадлежит тому, кто ее захватит. Сила не составляет права, и если признать ее законной, то тогда безразлично, кто ею обладает, и всякий пожелает в свою очередь захватить ее.

Если же признать, что меньшинство получает власть в силу согласия всех, то тогда эта власть обращается в общую волю.

Этот принцип одинаково применим ко всем учреждениям. Теократия, монархия и аристократия являются общей волей, лишь когда они властвуют над

<sup>1</sup> Теоретические основания для такого понимания начала народного верховенства были даны уже в учении Руссо; террористы демагоги великой французской революции на деле показали все грозное практическое значение этого отвлеченного принципа безграничного верховенства народа. См. также замечание *Eötvös*: *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19 Jahrhunderts auf den Staat* I Th. 1854 стр. 411—413.

умами, в противном же случае они представляют собой только силу. Но, признавая права этой общей воли, народного суверенитета, необходимо точно определить ее природу и объем, иначе торжество теории превратится в несчастье при ее практическом применении. Отвлеченное признание народного суверенитета нисколько не увеличивает суммы индивидуальной свободы.

Если приписывать суверенитету такой объем, которого он не должен иметь, свобода может погибнуть.

Когда утверждают, что суверенитет народа безграничен, то в обществе создают слишком большую власть, всё равно в каких бы руках она не находилась, у одного, у некоторых, или у всех — всё это зло.

Дело не в носителях власти, а в самой власти: ее нужно ограничить.

Против оружия, а не против державшей его руки нужно направить усилия. Есть массы слишком тяжеловесные для рук человеческих. В пренебрежении этой истиной заключалась ошибка тех, которые в своей добросовестной любви к свободе вручали народу безграничную власть, чтобы отнять ее от одного или нескольких, злоупотреблявших ею. Они достигали этим лишь перемещения власти из одних рук в другие, но зло оставалось неизменным. Ошибочно думать, что общество в целом обладает безграничным суверенитетом над своими членами. Совокупность граждан — суверен лишь в том смысле, что ни один индивид, партия или часть общества не могут обладать суверенитетом, если он им не делегирован. Но отсюда еще не следует, что суверенная совокупность граждан или делегаты ее суверенитета могут суверенно располагать существованием индивидов. Суверенитет существует лишь в ограниченном и относительном виде. Юрисдикция суверенитета кончается там, где начинается индивидуальная жизнь и независимость. Общество, переступающее эти пределы, является столь же виновным, как и деспот, опирающийся лишь на свой меч. Превышая свою компетенцию, общество делается узурпатором, а большинство возмутителем.

Ничто не может санкционировать подобные акты.

Власть, хотя бы она исходила от целой нации, перестает быть законной.

Руссо пренебрег этой истиной, и вот почему его общественный договор с полным и безусловным отчуждением всех прав индивидом обществу, на который столь часто ссылались в интересах свободы, явился самым страшным пособником всякого рода деспотизма. Акт, творимый во имя всех, необходимо находится в распоряжении одного или нескольких лиц, поэтому ложно утверждение Руссо, будто отдаваясь всем, не отдаются в сущности никому.

Напротив, предают себя тем, кто действует во имя всех. Индивиды тут не только не приобретают обратно от общества того, что отдают ему, но возникает сила, которая может отнять у них все, что они имеют.

Руссо сам испугался последствий своего учения. Не зная, кому вручить такую огромную власть, он нашел единственное предохранительное средство против подобного суверенитета, но и то неудачное.

Именно Руссо объявил суверенитет неотчуждаемым, неделигируемым и

непредставляемым, другими словами сделал невозможным самое его осуществление, и, таким образом, Руссо разрушил фактически тот принцип, который сам провозгласил. Сторонники деспотизма были более откровенны в своих выводах, когда они исходили из таких же оснований, как и Руссо, так как они благоприятствовали их целям. Человек с наибольшим талантом, возведший деспотизм в систему, Гоббес, поспешил признать, что суверенитет неограничен, чтобы затем доказать законность абсолютного правления одного лица.

Суверенитет, говорит он, абсолютен. Но эта истина признавалась во все времена даже теми, которые устраивали бунты и возбуждали к гражданским войнам. Целью их было не поглощение суверенитета, а лишь перемещение в другие руки его осуществления.

И народ у Гоббеса лишается своего абсолютного суверенитета в пользу монарха, который тогда делается законным обладателем такого суверенитета. Из такого абсолютного суверенитета Гоббес путем целого ряда софизмов выводит заключение об абсолютном праве суверена наказывать, воевать и законодательствовать; нет ничего более ложного! Суверен имеет право наказывать, но лишь за виновные действия, право воевать, но лишь для защиты общества, право издавать законы, но только такие, которые необходимы и согласны со справедливостью.

Следовательно, нет ничего абсолютного и произвольного в этих атрибутах. При абсолютном же суверенитете не может быть и речи о свободе, спокойствии и счастье, каковы бы ни были учреждения. Народное правление обращается в этом случае в конвульсивную тиранию, монархическое же в концентрированный деспотизм.

Когда суверенитет неограничен, нет средства обезопасить индивидов от правительств. Напрасно прибегать здесь к подчинению правительства общей воле, так как все-таки правительство здесь диктует свою волю, и всякие предосторожности являются иллюзорными.

Никакая организация власти не предохраняет от этой опасности. Можно разделить власти: но, если вся сумма их неограниченна, то стоит разделенным властям соединиться и деспотизм более неустрашим. Важно не то, чтобы такая-то власть не могла нарушить наши права без согласия другой, но чтобы всем властям было воспрещено такое нарушение, чтобы было объявлено, что ни законодательная ни исполнительная власти не могут касаться известных объектов, что суверенитет ограничен.

Вот важная истина, вечный принцип, который должен быть провозглашен. Нет неограниченной власти на земле, ни власти народа, ни тех, которые называют себя его представителями, ни власти монархов, из какого бы основания не исходила их власть, ни власти закона, который, будучи выражением воли народа или монарха, смотря по форме правления, должен быть заключен в те же границы, как и самая власть, от которой он исходит.

Граждане обладают индивидуальными правами, независимыми от всякой

общественной или политической власти, и всякая власть, нарушающая эти права, обращается в незаконную.

Эти права граждан – индивидуальная свобода, свобода религиозная, свобода мысли и ее публичного выражения, право собственности и гарантия против всякого произвола. Всякий авторитет, посягающий на эти права, посягает на свое собственное основание.

Неисполнение закона, который кажется несправедливым есть всеобщая, безусловная, положительная обязанность. Притом эта сила, заключающаяся в простом неисполнении несправедливых законов, не влечет за собой ни переворотов, ни революций, ни беспорядков.

Ничто не оправдывает человека, дающего поддержку закону, который он считает несправедливым. Мы должны приносить общественному спокойствию много жертв: мы погрешим против морали, если в силу непоколебимой привязанности к своим правам, будем сопротивляться всем законам, которые покажутся нам посягающими на эти права.

Но никакой долг не связывает нас по отношению к тем законам, которые своим растлевающим влиянием угрожают благороднейшей части нашего существования, и не только ограничивают наши законные вольности, но предписывают нам действия, противные вечным началам справедливости и милосердия, несоблюдение которых всегда принижает и искажает человеческую природу.

Итак, заключает Бенжамен Констан, суверенитет народа не абсолютен: он ограничен теми пределами, которые ему предначертаны справедливостью и индивидуальными правами.

Представители же народа не имеют права делать то, на что сама нация не имеет права.

Никакой монарх, на чем бы он ни основывал свою власть, на божественном ли праве, на праве завоевания, или на воле народа, не обладает безграничной властью. Бог, если вмешивается в человеческие дела, санкционирует лишь справедливое. Право завоевания есть только сила, но не право. Согласие народа не может узаконить то, что само по себе незаконно, так как народ не может никому передать власть, которой он сам не имеет.

Но возможно ли ограничить суверенитет? Существует ли сила, могущая помешать суверену переступать пределы, ему предначертанные? Могут сказать, что путем искусственных комбинаций можно ограничить власть, разделив, противопоставив и приведя в равновесие различные ее части. Но как сделать, чтобы вся сумма власти не была неограниченной? Как ограничить власть иначе, как через власть же?

Без сомнения, недостаточно отвлеченного ограничения суверенитета. Нужно отыскать начала политических учреждений, которые бы так комбинировали интересы различных носителей власти, чтобы самой явной, прочной и надежной выгодой для каждого из них было бы держаться пределов своей компетенции. Но самое главное – компетенция и ограничение суверенитета,

так как, прежде чем организовать предмет, нужно определить его природу и объем. Во-вторых, не преувеличивая, как это делали часто философы, влияния истины, можно утверждать, что, как скоро известные принципы вполне и ясно доказаны они некоторым образом сами себя гарантируют, так как их очевидность создает общественное мнение, которое скоро делается победоносным. Если признано, что суверенитет неограничен, что на земле нет неограниченной власти, то никто никогда не посмеет ссылаться на подобную власть. Опыт доказывает это. Самые страшные проявления деспотизма одного лица имели часто своим источником доктрину о всемогуществе власти.

Итак, ограничение суверенитета действительно и возможно. Оно обеспечивается во-первых силою, гарантирующею все признанные истины, общественным мнением, и еще точнее распределением (distribution) и равновесием властей. Но прежде всего, говорит Бенжамен Констан, нужно начать с самого признания этого спасительного начала — ограниченности верховной власти. Без этой предосторожности все будет бесполезным<sup>1</sup>.

Взгляды Бенжамена Констана на характер отношений государственной власти к подданным ярко характеризуют либеральные политические воззрения первой половины 19-го века. Подобно Бенжамену Констану и другие конституционалисты этого времени полагали в основание всех отношений государства к личности принцип индивидуальной свободы, поэтому они требовали конституционного ограничения государственной власти основными правами граждан и такой организации этой власти, при которой политическая свобода была бы прочно обеспечена.

Писаная конституция, как верховный закон государства, должна была точно определить организацию верховной власти, компетенцию важнейших органов государства, незыблемые права гражданской свободы и участие народа через своих свободно избранных представителей в осуществлении законодательной власти и контроле над правительством.

Народное представительство, как верховная гарантия прав граждан и интересов народа, распределение законодательной, исполнительной и судебной функций государственной власти между различными самостоятельными органами (принцип т. наз. обособления и равновесия властей), защита прав граждан и ответственность должностных лиц перед независимыми судами — таковы были те основные и необходимые гарантии политической свободы, которые с величайшей энергией отстаивала либеральная конституционная доктрина, оказывая руководящее влияние на соответственное преобразование государственного строя.

В этом, бесспорно, заключается ее большая заслуга в истории развития правового государства.

Но либеральная индивидуалистическая реакция против государственного

---

<sup>1</sup> *Benjamin Constant: Cours de politique constitutionnelle* изд. Laboulaye 1861 t. I, ch. I.

абсолютизма и систем правительственной опеки привела с другой стороны и к крайнему преувеличению роли личности в государстве, значения ее свободной инициативы и самостоятельности для устранения общественных зол, а равно к преувеличенной оценке значения гарантированных конституцией прав гражданской свободы и формального равенства перед законом в деле устройства всеобщего благополучия граждан и государства. Индивидуалистическое учение о правовом государстве (Локка, Кант, Вильгельм Гумбольдта, Бенжамена Констана и многих других либеральных философов, экономистов и публицистов) ограничивало цель государства лишь обеспечением права, и именно защитой прав граждан, и до крайности суживало сферу государственного управления и вмешательства государства в общественную жизнь в целях положительного содействия экономическому и культурному развитию населения.

Либеральные политики, как, например, Бенжамен Констан, по справедливому замечанию Анри Мишеля, теряют из виду “широкую и великодушную, хотя часто колеблющуюся и туманную мысль философов XVIII-го века, не отделявших в своем индивидуализме, требований индивидуальной свободы от усилий необходимых для содействия, хотя бы и с помощью государства, наиболее полному развитию наивозможно большого числа индивидов”.

Либеральных политиков первой половины 19-го века упрекали, как и в наше время упрекают “буржуазный либерализм” в том, что защищая формальное равенство перед законом, индивидуальную свободу и политические права граждан, они защищали в сущности лишь формальную свободу и интересы экономически и политически сильной части общества, буржуазии, и упускали из виду или даже сознательно игнорировали действительную свободу личности и интересы тех экономически подавленных общественных классов, участь которых не могла быть улучшена одним обеспечением формальных прав свободы при проведении в жизнь начала государственного невмешательства, свободной инициативы и конкуренции. На это и обратили внимание особенно демократы и социалисты, требуя широких общественных реформ на основах социальной справедливости и государственного содействия для улучшения условий существования, обездоленных классов населения.

Соответственно с этим должно было измениться и представление о сущности и задачах правового государства.

Новое учение о правовом государстве не ограничивает деятельности государства одним установлением и защитой права и обеспечением прав гражданской свободы, не видит в государстве лишь стража формального права, но признает необходимость осуществления государством своих задач социального устройства, как в области законодательства, так и в области управления, путем широкой положительной деятельности государства в целях культурного развития и улучшения экономического положения народа, особенно устранения тяжелых условий существования обездоленных классов населения.

В начале 2-й половины 19-го века известный германский ученый Шталь так

формулирует понятие правового государства: “Правовое государство – лозунг и стремление новейшего времени. Государство должно точно определить и ненарушимо гарантировать пути и пределы своей деятельности, а также свободную сферу граждан.

Оно должно не далее осуществлять (принудительно проводить) нравственные идеи, чем простирается сфера права. Сущность правового государства – не в том, что государство только поддерживает правовой порядок и защищает права граждан, не осуществляя административных задач, но лишь в способе и характере осуществления этих задач”<sup>1</sup>.

Соответственно с таким понятием правового государства и настоятельными требованиями самой жизни особенное значение и развитие получает не только так называемое конституционное право как совокупность правовых норм, определяющих основания государственного устройства, – организацию государственной власти и основные права граждан, но и административное право, определяющее твердыми правовыми нормами, основания, нормы и пределы деятельности государственных органов в различных отраслях управления.

Таким образом руководящим началом деятельности органов администрации при осуществлении различных государственных задач признается не только простая целесообразность, но и законность.

Сфера произвольного, законного усмотрения, дискреционная власть административных лиц и учреждений все более суживается вследствие распространения действия норм административного права и на свободные до сих пор от законодательного регулирования области администрации.

Признание затем особой публично-правовой сферы различных общественных союзов в государстве, развитие самоуправления и все прогрессирующее усовершенствование и распространение судебной защиты прав граждан и союзов в сфере публично-правовых отношений являются дальнейшими необходимыми последствиями развития начал правового государства в новейшее время.

## Глава II-ая.

Развитие идеи правового государства и осуществление ее в сфере публично-правовых отношений тесно связано, как мы видели, с развитием так называемого конституционного принципа и его реализацией в политической жизни культурных народов.

Правовое государство предполагает господство права во всех сферах государственной жизни; оно отрицает всякий абсолютизм и произвол власти и бесправие подвластных, притом не только в области частных отношений, но и в области политической, в отношениях граждан к государственной власти.

К такой именно организации государства и стремится конституционализм,

---

<sup>1</sup> *Stahl*: Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts. 1856. стр. 137 сл.

так как сущность его и состоит в утверждении государственного властвования на основах законности и гражданской свободы. Конституция, как правовой порядок, представляет собой совокупность публично-правовых гарантий в интересах граждан и народа.

По справедливому определению французского юриста Боржо, конституция является “законом политической защиты, законом гарантий”. Гарантией нации против узурпации властей, которым она вверила осуществление верховной власти, также гарантией меньшинства против всемогущества большинства. Этот результат обыкновенно достигается декларацией прав граждан, точным определением организации властей и их взаимных отношений, и в некоторых случаях еще теми или другими специальными постановлениями в виду особенностей политического положения<sup>1</sup>.

Развитие правового конституционного государства должно было изменить представления о носителе государственной власти и правовом характере государственной власти<sup>2</sup>.

В эпоху абсолютной монархии неразвитое политическое сознание и правовое мышление подданных, искусственные теоретические построения писателей абсолютистов, и ослепление своей властью неограниченных правителей выдвинули на первый план такое воззрение на государство, при котором один из элементов государства – власть – поглощает или затмевает все остальные элементы; государство как бы отождествляется или воплощается в личности властителя, его воле и интересах, или же последний возвышается даже над государством, как над предметом своего властвования<sup>3</sup>.

Как классический пример такого воззрения, приводят знаменитое изречение Людовика XIV-го “Государство – это я”!

Эпоха абсолютной монархии в Европе представляет именно собой такой фазис в развитии представлений о государственной власти, когда существовали тенденции считать эту власть не только безграничную, но и принадлежащей монарху как бы на праве собственности, независимом от государства. Абсолютные монархи, в руках которых находилась вся, их громадными усилиями централизованная и монополизированная, публично-правовая власть, смотрели на себя вместе с массой современников, преклонившихся перед церковным освящением монархической власти, перед историческими заслугами ее в деле объединения и упрочения национального государства, а также ее внешним блеском, как на властителей Божией милостью, которым принадлежит неограниченная власть “по Божиему соизволению и собственному праву”, а не в силу государственного уполномочия, не в силу публичного права страны и призна-

---

<sup>1</sup> *Borgeaud*. Etablissement et revision des constitutions en Amerique et en Europe. Paris. 1893, p. 48.

<sup>2</sup> См. Об этом – *Палиенко*: Суверенитет 1903. Стр. 309–412.

<sup>3</sup> Об отголосках таких воззрений в наше время см. *Палиенко*: Суверенитет 1903, стр. 309–335.



ния народного, возложивших на монарха функции высшего органа государства, или, как выражался прусский король Фридрих Великий, обязанности первого слуги государства. История даже явила примеры властителей и политических учений, у которых понятие права и закона сводилось к произвольной воле правителя, и понятие государственной власти, к непризнающей никаких границ, хотя бы в виде чисто объективных правовых норм, всепоглощающей власти суверена. У Макиавелли монарх руководится только личными интересами и чисто субъективными соображениями монарха о всепоглощающем государственном интересе, у Бодена абсолютная власть измеряется еще нравственными началами так называемого естественного права и религии, у Гоббеса же и эти моральные границы почти сводятся к нулю, и суверен, как земной бог, Левиафан, как всепоглощающая сила, царит над бесправной массой подданных. Государство все сводится к личности этого властителя, подданные же являются его рабами.

На основе таких воззрений нельзя, конечно, говорить о каких-либо правовых отношениях между властвующими и подвластными в государстве, как нельзя говорить о юридических отношениях бесправного раба к его господину.

Развитие идеи правового государства и последовательное осуществление ее в области реальных государственных отношений нашего времени подорвали теоретические и фактические основы подобных политических воззрений.

В Англии, где ранее всего утвердились элементарные начала правового государства, раньше образовалось и правильное воззрение на положение представителя верховной власти в государстве. Еще в XIII-м столетии английский судья Брактон так выражает воззрение английского народа на отношение королевской власти к законам страны: “король находится под Богом и законом, ибо закон делает короля. Нет короля там, где господствует воля, а не закон”. Законом же, как говорит Брактон, считается правило, изданное королем с согласия и совета законных представителей народа.

В 15-м столетии знаменитый английский юрист Джон Фортескоу в своем сочинении “Похвала закону Англии”, написанном в руководство наследнику английского престола, еще обстоятельнее развивает то же воззрение.

Королевская власть в Англии, доказывает Фортескоу, является одним из установлений национального права, учреждением, поставленным не над государством, но в государстве, как составная его часть. Права королевской власти определяются законами, установленными с общего согласия и ради общего блага, так как король существует для государства, а не наоборот. Власть короля ограничена законами, установлена для покровительства законам, личности и собственности подданных; она исходит от народа, и король не имеет права управлять на каком-либо другом основании.

Это выраженное еще старинными английскими юристами воззрение на отношение представителя верховной власти к праву и законам страны полу-

чило дальнейшее развитие в государственной науке и конституционном строе культурных народов.

С более глубоким пониманием сущности государства, с развитием и выяснением публично-правовых начал утверждается в общественном сознании идея, что власть государственная не есть власть, принадлежащая лично определенному физическому лицу (например монарху) или совокупности лиц в государстве, но самому общественному союзу — государству, как юридически организованному коллективному единству народа в его прошедшем, настоящем и будущем, как моральной личности или юридическому лицу с юридически организованной волей и властью. Поэтому эта власть должна осуществляться в различном объеме и формах различными лицами или учреждениями в государстве не как личная их власть, принадлежащая им в силу какого то, независимого от государства, их собственного права, и, конечно, не в личных интересах их, а лишь как органами государства, во имя и от имени всего общественного союза, государства, в силу публичного права и в интересах всего союза; это показывает и самое название этой власти — *государственной*.

Так как воля и власть государства есть правом определенная власть и, следовательно, должна проявляться лишь в правомерных формах, то лица и учреждения, призванные быть органами государства (монарх, народные представители, министры, судьи, администраторы), должны действовать согласно с правом. Они постольку выражают государственную волю, поскольку действуют в пределах и формах указанных им конституцией и вообще законами страны, иначе незаконные действия их не могут считаться проявлением государственной власти, являются юридически недействительными и даже в известных случаях преступными, как нарушение обязанностей, возлагаемых на них государственными законами государства.

Законы государства, равно обязательные для всех членов государственного союза, являются ли они властвующими или подвластными. Для монарха, как члена государства, осуществляющего верховные функции власти, закон так же обязателен, как и для последнего подданного. И даже лицо или учреждение, осуществляющее законодательную власть государства и потому имеющее право отменять и изменять законы, может это делать не иначе, как в порядке и формах, указанных законами.

Этим объясняется также, почему абсолютный монарх, октроировавший, давший на основе своего полновластия, конституцию, ограничивающую его в осуществлении государственной власти участием других органов, особыми формами проявления этой власти и правами граждан, не может единолично и с нарушением форм и порядка, указанных в конституции для ее изменения или отмены, изменить или отменить эту конституцию. Ибо конституция эта является государственным законом, возвышающимся над монархом и обязательным столь же для монарха, как и для всякого члена государства (Равенство перед законом).

Законы – высшая форма права в государстве и высшая форма велений государственной власти. Им подчинены поэтому все судебные и правительственные акты. Судебные решения по самому существу своему, как авторитетные разрешения спора о праве или применении существующих уже законов к подсудному делу, необходимо являются подзаконными актами. Но и административные акты и распоряжения, хотя бы это были указы главы правительства, по самому существу своему более свободные от регламентирования их законом, никаким образом не могут противоречить законам, изменять или отменять их, за исключением тех чрезвычайных случаев так называемой крайней необходимости, когда сами законы предоставляют правительству под его ответственностью право временной приостановки действия тех или других законов.

Логическим последствием этого начала законности является законная ответственность за неправильные и неправомерные действия всех лиц, осуществляющих государственную власть.

Однако современное конституционное право допускает из этого принципа всеобщей ответственности исключения.

Признавая обязательность государственных законов для монарха<sup>1</sup>, оно тем не менее устанавливает безответственность монарха. Некоторые государственные деятели оправдывают эту безответственность тем, что монарх, как верховный орган государства, юридически не может иметь законного судьи над собой. Но суд, выполняющий возложенные на него государством обязанности защищает право, и согласно с законами постановляющий свой приговор над правонарушителем, как бы высоко не было положение последнего в государстве, этим самым лишь исполняет свою естественную функцию защиты законов государства, а не ставит себя в положение высшего, суверенного органа в государстве, посягающего на права других органов. Справедливо, поэтому, замечает один немецкий исследователь Ричард Пассов<sup>2</sup>), что указанный аргумент в пользу безответственности монарха имеет весьма поверхностный характер и не оправдывается даже исторически, так как, например, германское правовое воззрение допускало ответственность монарха<sup>3</sup>.

Но юридическая безответственность монарха, как и президента республики, может быть оправдана политическими соображениями. “Безответственность монарха не есть какое то мистическое свойство монарха, говорит справедливо Пассов, но объясняется соображениями целесообразности”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> В конституциях современных государств требуется даже присяга монарха на верность конституции.

<sup>2</sup> Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland 1904, стр. 9 сл.

<sup>3</sup> См. ссылки *Pasow*'а (стр. 6 сл.) на постановления Саксонского и Швабского зеркал, Золотую буллу Карла IV и др. См. также его замечания относительно английского принципа “Король не может ошибаться” стр. 11.

<sup>4</sup> См. также *Hold* и *Ferneck*: Die Rechtswidrigkeit, стр. 173.

Устойчивость государственного управления не должна быть нарушаема привлечением и возможным осуждением главы правительства.

“Объявить в монархии монарха ответственным за акт незаконный или опасный для страны, это значит, замечает французский ученый Перрэн, низложить его, это — революция.

Возбудить обвинение и предать суду в республике президента значит — вызвать опасный кризис, столь же грозный, как и революция; к такому крайнему средству можно прибегать лишь как к последней помощи в случае крайней необходимости”<sup>1</sup>.

Устранив ответственность монарха и в значительном объеме ответственность президента республики, современное конституционное право ввело в качестве корректива этой безответственности ответственность министров и за акты главы государства, поэтому, на министров возлагается обязанность контрассигнировать все государственные акты главы государства. Правовая ответственность всех должностных лиц в государстве составляет необходимое требование правового государства гарантии правомощного управления.

Для осуществления этой ответственности и поддержания правомерности управления в государстве, необходима организация надлежащей системы контроля над управлением и действиями должностных лиц. Важнейшей задачей конституционного строя является создание действительных гарантий законности и прав граждан.

Правильно устроенные независимые суды (гражданские, уголовные и суды для разрешения споров о праве публичном) представляют собою лучшую гарантию законности и прав граждан в повседневной жизни.

Они обеспечивают и правомерность управления, осуществляя глубоко проникающий в текущую жизнь контроль над законностью действий администрации; в этом отношении их не могут заменить никакие другие виды контроля. Так контроль народного представительства — контроль общего характера, по преимуществу политический, направленный главным образом на высшее министерское управление; и главное его орудие, поэтому, политическая ответственность министров, ответственность министров перед палатами; в этом отношении народное представительство есть важнейшая гарантия народных прав и интересов в отношении общего направления правительственной политики, но глубоко проникать во все отрасли подчиненного и местного управления, быть судьей в вопросах права и восстанавливать нарушенные администрацией права граждан в каждом отдельном случае этот контроль не может и не призван по существу, даже независимо от свойственной ему партийности<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> F. Perrin. De la responsabilité pénal du chef de l'État et des ministres en France. 1900, стр. 18.

<sup>2</sup> На опасности для права со стороны парламентской партийности указывает теперь специально *Offner* (Die Gefahr des Parlamentarismus für das Recht) в Archiv f. öffentl. Recht B. XVIII N. 2, 1903.

Контроль правительственный в порядке надзора высших административных лиц и учреждений над подчиненными им низшими имеет большое значение, но административные учреждения и лица по составу своему и положению не обладают ни необходимой организацией, ни юридическим авторитетом, чтобы решать споры о правомерности действий администрации, и прежде всего не могут быть судьями в деле, в котором они же сами или исполнительные их органы заинтересованы и являются в роли ответчиков.

Контроль общественный в виде свободы печати, слова, собраний, петиций и т. д. весьма важен в смысле нравственного воздействия на управление, для раскрытия незаконных действий и возбуждения внимания власть имущих, но сам он не может восстановить нарушенное право и далеко не всегда действителен.

Остается контроль судебный. Всякое лицо, потерпевшее от незаконных действий частных лиц и администрации, обратившись к суду, может найти авторитетную и компетентную защиту своего нарушенного права. Разрешать авторитетно споры о праве и властно восстанавливать нарушенные права — это основная задача суда.

Последовательное проведение в государственную жизнь принципа, что судебный контроль есть необходимое и наилучшее средство к поддержанию законности в государстве и защиты прав граждан, требует не только распространения этого контроля на акты управления, административные распоряжения со стороны их соответствия с законом (административная юстиция), но и на область самого законодательства, на акты законодательных учреждений, особенно со стороны соответствия обыкновенных законов законам высшего порядка, конституционным, там, где последние имеют высшую юридическую силу в сравнении с первыми.

Справедливо утверждает один из новейших французских юристов. “Если, как мы старались это установить, запрещение судам касаться административных и специальных актов является исключением из принципа общей компетенции судьи исключение, которое все более и более исчезает, и если право оценки законности административных распоряжений составляет естественное необходимое назначение судов, то судам должно быть дозволено применять только истинные законы, то есть такие законы, которые согласны с высшими правилами страны, т. е. с конституцией. Такое исследование законов столь же мало является посягательством на функцию законодателя, как контроль над административными распоряжениями узурпацией функций администрации. Ни в коем случае суды не могут входить в обсуждение пригодности или смысла существования того или другого общего текста. Но исследовать данный текст, когда заподозрена его конституционность, исследовать, не издан ли он некомпетентной властью или вне предписанных конституцией форм, представляет, по нашему мнению, самое нормальное, правильное и целесообразное осуществление функции судьи...

Отказывать судам в праве проверять конституционность законов, значит давать им полномочие косвенно нарушать конституцию. Последняя, как правильно сказал Сийес, или есть совокупность обязательных законов, или — ничто<sup>1</sup>. Еще один из основателей американской конституции Гамильтон в журнале “Федералист”, письме 78, так доказывал это право судов: “Толкование законов есть функция, специально свойственная судам. Конституция представляет собою в действительности основной закон и таковым должна признаваться судьями. Судьи, следовательно, имеют такое же право удостовериться в ее значении, как и в значении каждого акта, исходящего от законодательного собрания.

В случае несогласимого противоречия между двумя законодательными актами, естественно должен быть предпочтен тот, который имеет высшую силу. Другими словами, конституция должна быть предпочтена статуту (обыкновенному закону), воля народа — воле его должностных лиц.

Это заключение, таким образом, не предполагает верховенства судебной власти над властью законодательной. Оно предполагает лишь, что власть народа выше этих обеих властей, и, если воля законодательного собрания, как она объявлена в статуте, сталкивается с волей народа, объявленной в конституции, судьи должны ставить выше последнюю, а не первую. Они должны более сообразовать свои решения с основным законом, чем с законом, не являющимся основным”. Такое же объяснение дают и все другие авторитетные истолкователи американской конституции. Так Стари говорит: “Конституция есть высший закон страны, и при конфликте между ею и законами, изданными конгрессом или законодательными собраниями отдельных штатов, обязанность судебной власти следовать только конституции, как имеющей высшую силу.

Это вытекает из самой теории республиканской конституции; иначе акты законодательного собрания и исполнительной власти стали бы фактически суверенными, изъятыми от всякого контроля”.

В настоящее время право судов проверять конституционность законов, существует в Соединенных Штатах Северной Америки. Если союзный Верховный суд или суды отдельных штатов при разборе судебного дела найдут, что такой-то закон противоречит конституции, они не применяют его к данному делу и к сторонам в процессе. И хотя решение суда имеет юридическое значение лишь для данного дела и данных лиц, но оно фактически получает огромное общее значение, так как фактически парализует применение признанного несогласным с конституцией закона и в других случаях; все затронутые этим законом лица, привлеченные к суду за неисполнение его или сами обратившиеся к суду, могут всегда освободиться от применения к ним такого не конституционного закона.

Некоторые английские юристы признают и право английских судов не применять законы, несогласные с конституцией.

---

<sup>1</sup> *G. Cahen. La loi et le Règlement. Paris. 1903, стр. 382—386.*

Но в Англии за отсутствием формального различия между конституционными законами и обыкновенными, этот вопрос не имеет практического значения. Лишь в автономных колониях Англии, имеющих конституционные законы, утвержденные Верховной властью метрополии, суды имеют право проверять конституционность законов, исходящих от колониальных парламентов.

Что касается конституционных государств Западной Европы, то судьи здесь не пользуются правом не применять законы, несогласные с конституцией.

Однако среди юристов этих стран вопрос о праве судов не применять законы, противные конституции, продолжает быть спорным. Одни, опираясь на те же общие основания, которые указаны нами выше, и толкуя тексты конституции, признают такое право за судами, другие же отвергают его, доказывая при этом, что предоставление подобного права судам не только воспрещено законодательством, но повело бы к крайне опасному вторжению судов в компетенцию законодателя и поставило бы суд в совершенно несвойственное его призванию положение органа, возвышающегося над органом законодательным.

Мнение этих юристов, поскольку они отвергают логические основания в пользу предоставления такого права судами, мы не можем признать правильным. Сознание необходимости распространить в интересах самой законности область судебного контроля и на законодательные акты, стороны соответствия их конституционным законам, развивается и в тех странах, где до сих пор господствовало противоположное отношение к этому вопросу<sup>1</sup>.

Таковы те правовые начала, которые лежат в основании конституционного государства нашего времени.

Правильную характеристику его дает один из новейших австрийских ученых Дангер Фон-Коллесберг в следующих словах: “Признание человеческой личности, ее свободы и неприкосновенности также в отношении к государственной власти – в государственном и административном праве, – создало конституционное правовое государство; оно характеризуется политической свободой граждан в отношении государственных законов и политической неприкосновенностью их в отношении правительственных распоряжений и актов.....

Особенно важным было признано защитить публичное правоотношение граждан к государственной власти от нарушений со стороны администрации и предоставить гражданам достаточную правовую помощь при последовавшем правонарушении; существенная задача правового государства по преодолению возражения, что в административно-правовом споре между государством и подданным следует якобы добиваться не строгого права ради его самого, но решать этот спор также с принятием в соображение общего блага и целесоо-

---

<sup>1</sup> См. об этом *G. Cahen: La loi et le Règlement. Paris. 1903, стр. 383, 402.* Там же опровержение мнений противников такого права судов.

бразности состояла в том, чтобы удовлетворить потребности в обеспеченности права также в сфере управления и организовать правовую защиту для политических прав подданных.

Большая прочность конституционного (государственного) и административного права и основанных на нем политических прав достигнута таким устройством самой законодательной власти, при котором несколько органов — в монархии корона и народное представительство — призваны к совместному участию в изменении или отмене законов (и государственных договоров); далее во многих государствах прочность эта достигнута особенно повышенной формальной силой конституционных законов, которыми нормируются важнейшие права подданных, и строгим регулированием права правительства приостанавливать действие законов и издавать чрезвычайные указы”<sup>1</sup>.

Но развитие правового государства не исчерпывается признанием и укреплением указанных начал формальной законности и свободы в области публично-правовых отношений.

Правовое государство по своей идее есть государство осуществляющее высшие задачи права, а не только формально определяющееся в своей организации и деятельности правом. Высшее же назначение права быть не только нормами отрицающими произвол в общественных отношениях и обеспечивающими необходимую формальную свободу личности, но и нормами социальной справедливости.

Государство, обладающее всеми конституционными гарантиями формальной законности, формальной свободы и формального равенства, но в то же время санкционирующее и допускающее в этих формальных правовых границах, тяжкое неравенство в жизненных условиях существования различных классов населения, и политическую эксплуатацию одной группы населения другой, такое государство может быть названо правовым в формальном смысле этого слова, но не со стороны соответствия содержания его правовых норм тем высшим принципам и задачам права, которые выяснены культурным правосознанием нашего времени.

Уже давно всеми признано, что государственная власть и право должны служить общему благу, благу всего народа, а не интересам лишь отдельных лиц, групп населения или общественных классов. Но этот принцип остается до тех пор фикцией в государственной жизни, пока, как это мы видим еще в современном государстве, узкая партийность и классовый эгоизм властвующих поддерживают крайнее неравенство в жизненных условиях существования различных классов населения, несмотря на установившиеся конституционные гарантии законности, формальной свободы и формального равенства граждан перед законом.

Эти недостатки современного права и государства одинаково признаются

---

<sup>1</sup> *Dantscher v. Kollenberg*: Die politischen Rechte der Unterthanen. 1894 стр. 233–234.



не только представителями социалистического направления, но и многими публицистами либерального направления<sup>1</sup>.

Основной задачей права, как это указывает культурное правосознание нашего времени, является осуществление требований общественной солидарности и идеалов общественной справедливости. Поэтому справедливое уравнение и обеспечение условий свободного существования и развития всех граждан государства, и следовательно, особенное внимание к насущным интересам обездоленных классов населения, вот первая неотложная задача правовой политики современного государства.

В этом будет заключаться истинная и благодетельная демократизация правового порядка, и на этот путь дальнейшего развития начал правового государства должны вступить и вступают уже культурные народы нашего времени. Высшие принципы права определяют основания и идеал правового государства, его истинную сущность; раскрытие этих принципов и реализация их в сфере государственной жизни и представляет собою развитие и осуществление идеи права и правового государства в жизни человечества.

Конституционное государство уже успело в значительной степени утвердить господство права, как необходимого формального принципа государственной жизни, как обязательной формы и границы государственной деятельности.

Необходимо теперь особенно позаботиться о соответствии внутреннего содержания и достоинства этого права высшим требованием самой идеи права. Противопоставлять, поэтому, правовому государству другие идеальные типы государства, например “рабочее” или трудовое государство, как это делают писатели социалисты<sup>2</sup>, как бы считая таким образом, что правовое государство, вылившись в современные его формы, исчерпало свою сущность, завершило свой путь развития, неправильно. Правовое государство в своем развитии так же далеко не сказало еще своего последнего слова, как и самое право, господство которого оно гарантирует и содержание которого оно совершенствует в интересах культурного развития человеческих обществ.

---

<sup>1</sup> Ср. например характеристику современного государства у *Leroy Beaulieu*: *L'Etat moderne et ses fonctions* 1890 г., ч. II; с другой стороны критику этого государства у социалиста *Антоня Менгера*. *Neue Staatslehre* 2 Aufl. 1904, особенно В 1, кап. 7.

<sup>2</sup> Как то *А. Менгер* в своем: *Neue Staatslehre* кап. 7.

---

---

# ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

**Dr Jarosław Niesiołowski,**

Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa, Uniwersytet Gdański (Polska)

## **KONCEPCJE PRAWA. STAN I PERSPEKTYWY W POLSKIEJ NAUCE PRAWA / Концепція права. Стан і перспективи у польській правовій науці**

*В статті автор дає основні критерії визначення концепції права, та її роль у сучасній юридичній науці. Автор доводить, що під впливом різноманітних підходів до права, в сучасній польській юридичній науці право сприймається як цінність, викладена завдяки мовним засобам, соціальний факт у вигляді поведінкових та психічних звичок. У статті зауважується, що сучасна концепція права в Польщі перебуває у постійній еволюції під впливом модерних тенденцій та концепцій права, зокрема, комунікативної та економічної.*

Jako koncepcję prawa rozumie się zwykle pewien ugruntowany sposób refleksji nad prawem i to nie nad konkretnym czy abstrakcyjnym systemem prawa lecz nad prawem jako pewną kategorią teoretyczną. Sam termin koncepcja zdaje się pochodzić z pracy H.L.A Hart *The Concept of Law*, co jednak ciekawe tytuł tej pracy na język polski przetłumaczono jako pojęcie prawa, a nie koncepcja prawa<sup>1</sup>. Koncepcja prawa charakteryzuje się zwykle przyjęciem pewnych wspólnych założeń co, do istoty, celów i funkcji prawa jako pewnego zjawiska. Przede wszystkim odpowiada na podstawowe pytanie „czym jest prawo?”. Należy zwrócić uwagę, iż odpowiedź na tak postawione pytanie determinuje cały szereg innych kwestii. Tak na przykład pozytywistyczne ujęcie prawa jako normy postępowania pochodzących od państwa prowadzi do przyjęcia koncepcji systemu prawa, prymatu wykładni językowej nad innymi rodzajami wykładni, uznania sylogizmu prawniczego jako podstawowego elementu w procesie stosowania prawa, czy uznania formalnej koncepcji obowiązywania prawa. Z kolei przyjęcie realnej koncepcji prawa ( socjologiczno-psychologicznej) kładzie akcent na takie elementy jak porządek prawny, prymat wykładni funkcjonalnej nad językową,

---

<sup>1</sup> Por. J. Zajadło „Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa – 100 podstawowych pojęć”, red. J. Zajadło, Warszawa 2007r. ; W polskiej teorii i filozofii prawa w sposób bardzo obszerny, w ujęciu historycznym oraz współczesnym, koncepcje prawa przedstawił J. Oniszczuk „Filozofia i teoria prawa”, Warszawa 2008r.

uznanie, iż w procesie stosowania prawa istotną rolę odgrywają elementy pozaprawne, czy uznanie socjologicznej (realnej) koncepcji obowiązywania prawa. Należy zauważyć, iż koncepcje prawa pełnią nie tylko funkcję opisową, w tym znaczeniu, iż wyjaśniają zjawiska prawne, ale również funkcję postulatywną w tym znaczeniu, iż wpływają na procesy tworzenia prawa, jego stosowania i wykładni.

W polskiej nauce prawa za prekursora „konceptyjnego ujmowania prawa” uznaje się Leona Petrażyckiego. Na marginesie należy podać, iż ten wielki uczony profesor Uniwersytetów w Petersburgu i Warszawie studiował medycynę, a następnie prawo na Uniwersytecie w Kijowie, gdzie obronił magisterium. L. Petrażycki stworzył tzw. psychologiczną koncepcję prawa, uznając za prawo specyficzne przeżycia psychiczne ( emocje etyczne) i wychodząc z tych założeń z dużą konsekwencją metodologiczną rozwijał swoją psychologiczną teorię prawa, zwracając uwagę na psychologiczne determinanty zachowań ludzkich. Leon Petrażycki postulował również utworzenie polityki prawa jako odrębnej dyscypliny naukowej mającej badać jak za pomocą prawa realizować pewne założone cele społeczne<sup>1</sup>.

W Polsce problematyką związaną z współczesnymi koncepcjami prawa zajmują się przede wszystkim przedstawiciele nauki skupieni w katedrach teorii i filozofii prawa, które istnieją na wszystkich polskich uniwersytetach<sup>2</sup>. Można postawić tezę, że problematyka związana z koncepcjami prawa stanowi jedno z podstawowych zagadnień jakimi w Polsce zajmują się przedstawiciele teorii i filozofii prawa. Dla potrzeb niniejszej pracy można wyróżnić tak zwane klasyczne koncepcje prawa, do których zaliczamy koncepcje prawno-naturalne, pozytywizm prawniczy i tak zwane realne koncepcje prawa, w ramach których wyróżnić można a funkcjonalizm i realizm prawniczy związany z myślą amerykańskich przedstawicieli tego kierunku takich jak R. Pound, O. Holmes<sup>3</sup> oraz psychologiczne koncepcje prawa w ujęciu L. Petrażyckiego, czy tak zwana skandynawska szkoła prawa reprezentowana przez takich przedstawicieli jak A. Hägerström i A. Ross<sup>4</sup>. Warto zwrócić uwagę, że koncepcje te, w ujęciu modelowym, koncentrują się tylko na jednej stronie zjawiska prawnego, a tym samym są jednostronne. W tym

<sup>1</sup> L. Petrażycki, „Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej” oprac. J. Lande, W-wa 1959., „Wstęp do nauki polityki prawa”, opracował W. Leśniewski, W-wa 1968r., „Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności t. I i II”, opracował J. Lande, Warszawa 1959r.

<sup>2</sup> W Polsce po transformacji ustrojowej jaka miała miejsce w 1989r. Istniejące katedry teorii państwa i prawa w większości przypadków przekształcone zostały w katedry teorii i filozofii państwa i prawa. Tym samym poszerzono problematykę badawczą o kwestie związane z filozofią prawa, co ma związek z odreagowaniem na okres socjalizmu, kiedy to problematyka związana z wartościowaniem prawa i ocenianiem prawa nie była w sposób dostateczny badana. W Polsce badaniami związanymi z teorią i filozofią prawa zajmuje się około 150 etatowych ( nie licząc doktorantów ) pracowników naukowych zatrudnionych w katedrach teorii i filozofii prawa na uniwersytetach.

<sup>3</sup> M. Wojciechowski „Realizm prawniczy” w: Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach, red. J. Zajądło, K. Zeidler, Warszawa 2013 r.

<sup>4</sup> J. Guść, K. Zeidler „Realizm prawniczy” w: Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa, red. J. Zajądło, Warszawa 2007r.

stanie rzeczy w polskiej teorii prawa pojawiła się koncepcja traktowania prawa jako zjawiska złożonego ( tzw. koncepcja wielopłaszczyznowego badania prawa), zgodnie z którą prawo od strony ontologicznej ujmować można jako wartość, wypowiedź językową, fakt społeczny w postaci zachowań lub przeżycie psychiczne. Z kolei ontologiczne określenie prawa determinuje metody badawcze stosowane w prawoznawstwie tj. metody logiczno-językowe lub przyjęcie metod charakterystyczne dla współczesnej socjologii i psychologii celem badania prawa<sup>1</sup>.

Nadto wyróżnić możemy koncepcje prawa wyrosły na gruncie postmodernizmu tak zwane postmodernistyczne ujmowanie prawa<sup>2</sup>, tu należy wymienić takie koncepcje prawa jak feminizm prawniczy<sup>3</sup>, literacka szkoła prawa<sup>4</sup>, krytyczna szkoła prawa<sup>5</sup>.

Niezależnie od powyższego wskazać można na koncepcje prawa nie poddające się wyżej określonej klasyfikacji (inne koncepcje prawa), do których zaliczamy komunikacyjną koncepcje prawa<sup>6</sup>, hermeneutykę prawniczą<sup>7</sup>, argumentacyjną teorię prawa<sup>8</sup>, ekonomiczną szkoła prawa<sup>9</sup>.

W polskiej nauce prawa nadal zainteresowaniem cieszą się klasyczne koncepcje prawa. Jednak obserwujemy pewne nowe trendy. Przede wszystkim odchodzi się od tradycyjnego sporu pomiędzy zwolennikami koncepcji prawno-naturalnych, a zwolennikami pozytywizmu prawniczego. Nadto próbuje się przewyciężyć tradycyjną słabość koncepcji prawno-naturalnych polegającą na tym, iż w zasadzie nie wiadomo czym prawo natury jest. Wyjściem z sytuacji jest przyjęcie koncepcji „pozytywizacji”, „jurydykacji” praw natury uznającej, że współcześnie prawo natury znajduje swój wyraz w zapisach konstytucyjnych dotyczących praw i wolności człowieka i obywatela oraz

---

<sup>1</sup> K. Opałek, J. Wróblewski” Zagadnienia teorii prawa”, W-wa 1969, K. Opałek „Przedmiot prawoznawstwa a problemy tzw. „płaszczyzn prawa”, Państwo i Prawo 1969, nr 6.

<sup>2</sup> Red. M. Błachuta, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność”, Red. M. Błachuta, Kolonia Limited 2007r.; L. Morawski, „Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian.”, W-wa 2000r.; J. Oniszczyk „Filozofia i teoria prawa”, Warszawa 2008r.

<sup>3</sup> A. Machnikowska, „Feminizm prawniczy”, w: Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach” red. J. Zajadło, K. Zeidler, Warszawa 2013r.;

<sup>4</sup> K. Zeidler „Prawo i literatura”, w: Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach” red. J. Zajadło, K. Zeidler, Warszawa 2013r.

<sup>5</sup> R. Sarkowicz „ Critical Legal Studies: nowy ruch w amerykańskiej jurysprudencji.”, Państwo i Prawo 1987, nr 4.

<sup>6</sup> L. Morawski „Główne problemy współczesnej filozofii prawa – prawo w toku zmian.”, Warszawa 1999r.

<sup>7</sup> M. Zirk - Sadowski, „Hermeneutyka a problemy filozofowania”, Studia Prawno-Ekonomiczne, W-wa, t. XXVII; J. j. Stelmach :” Die hermeneutische der Rachtphilosophie”, Ebelsbach 1991; H. Leszczyzna „Hermeneutyka prawnicza. Rozumienie i interpretacja tekstu prawnego” Warszawa 1996 r.

<sup>8</sup> L. Morawski „Podstawy filozofii prawa”, Toruń 2014r.

<sup>9</sup> J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski „ Dziesięć wykładów o ekonomii prawa”, Warszawa 2007r., W. Gromski (w) J. Stelmach i inni, Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007 r. ; J. Kabza, Koncesje i zezwolenia – analiza ekonomiczna”, Warszawa 2014r.

w aktach prawa międzynarodowego publicznego na przykład w konwencjach ONZ dotyczących praw człowieka lub w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności 1 1950 r.<sup>1</sup> Na podstawie tej Konwencji orzeka Trybunał Sprawiedliwości z siedzibą w Strasburgu. W Polsce prowadzone są badania nad koncepcjami prawno-naturalnymi i nurcie religijnym, który na gruncie neotomizmu próbuje konstruować teologiczną i religijną wizję prawa. Nie słabnie też zainteresowanie pracami Lon Luvoisa Fullera czy Gustawa Radbrucha<sup>2</sup>. Pomimo upływu czasu i zmieniającej się rzeczywistości z dużym zainteresowaniem w Polsce spotykają się koncepcje pozytywistyczne (pozytywizm wiecznie żywy), co ma niewątpliwie związek z praktyką stosowania prawa w systemach prawa stanowionego. Z tym, że wyraźnie obserwujemy odchodzenie od tak zwanego „pozytywizmu twardego”, wyznaczonego przez prace J. Austina czy H. Kelsena, uznających prawo za rozkaz, czy czysta powinność oraz uznających brak związku pomiędzy prawem i moralnością na rzecz tak zwanego „pozytywizmu miękkiego” zapoczątkowanego przez H.L.H.. Harta, który widział istotę prawa w związku tak zwanych norm pierwotnych ( nakazy-zakazy) z normami wtórnymi ( normy kompetencyjne, proceduralne, uznania). Hart uznawał również, iż niezbędnym elementem prawa jest minimum moralności<sup>3</sup>. W zakresie dyskursu, jaki toczy się w polskiej teorii i filozofii prawa, dotyczącego pozytywizmu ważne są prace R. Dworkina<sup>4</sup>. Autor stworzył interesującą koncepcję prawa wyróżniając w systemie prawa tzw. reguły i standardy, na które składają się zasady i wymogi polityki. Wymieniony autor wyróżnił również tzw. „trudne przypadki” uznając, iż nie da się ich rozstrzygnąć w oparciu o normy, reguły, a zachodzi konieczność odwołania się do zasad. Realne koncepcje prawa w Polsce badane są przede wszystkim przez teoretyków prawa o orientacji socjologicznej, często w ramach socjologii prawa. Należy wskazać na pewien fenomen tj. w Polsce nie słabnie zainteresowanie dorobkiem L. Petrażyckiego, którego twórczość inspirowała liczne prace<sup>5</sup>.

Współcześnie w Polsce toczy się ożywiona dyskusja związana z tzw. postmodernistycznym ujmowaniem prawa. Zauważono, iż współczesne społeczeństwa przeszły swoistą ewolucję od społeczeństw industrialnych ( modernistycznych) do społeczeństw postindustrialnych (postmodernistycznych). Współczesne społeczeństwa charakteryzują się dużą dyferencją, nieprzewidywalnością, stanami niepewności, dużą dyna-

<sup>1</sup> T. Chauvin, T. Stawicki, P. Winczorek „Wstęp do prawoznawstwa”, Warszawa 2014 r.

<sup>2</sup> J. Zajadło „Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury”, Gdańsk 2001r.

<sup>3</sup> H. L. A. Hart „Pojęcie prawa”, Warszawa 1998.; „Eseje z filozofii prawa”, Warszawa 2001r.

<sup>4</sup> T. Gizbert-Studnicki „Zasady i reguły prawne”, Państwo i Prawo, 1998 r. nr 3; S. Sykuna, J. Zajadło „Sprawy konstytucyjne” w: „Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina”, „Gdańskie Studia Prawnicze”, Gdańsk 2004 t. XII; M. Zirk-Sadowski „Wprowadzenie do filozofii prawa”, Kraków 2000r.

<sup>5</sup> W Polsce najwybitniejszym znawcą twórczości Leona Petrażyckiego jest profesor Uniwersytetu Warszawskiego Andrzej Kojder; patrz : Leon Petrażycki „O nauce, prawie i moralności – pisma wybrane”, opracował A. Kojder, Warszawa 1985 r.

miką zmian. Właśnie te, przykładowo podane, elementy prowadzą do kształtowania postmodernistycznych koncepcji prawa. W ramach tej koncepcji pojawiły się takie kierunki, wyrosłe głównie w Stanach Zjednoczonych, jak feminizm prawniczy uznający, że formalne równouprawnienie kobiet w systemach demokratycznych nie zmieniło we właściwy sposób ich sytuacji społecznej, stąd analizy prawne dotyczące tej sytuacji. Kolejny kierunek to literacka szkoła prawa, poszukująca związków pomiędzy literaturą a prawem i doszukująca się wzajemnego wpływu tych dwóch dziedzin. W ramach postmodernizmu pojawiła się również krytyczna szkoła prawa, ruch naukowy o charakterze lewicowym poddający radykalnej krytyce dotychczasowe koncepcje prawa, czego skutkiem miały być zmiany w ramach dotychczasowego porządku prawnego.

Niezależnie od wyżej przedstawionych koncepcji i kierunków, w polskiej literaturze wymienia się i poddaje badaniom takie koncepcje i kierunki jak komunikacyjna koncepcja prawa, u podstaw której leży koncepcja J. Habermasa uznająca, iż prawo powstaje i jest stosowane jako element dyskursu społecznego. Dużym zainteresowaniem obecnie w Polsce cieszy się hermeneutyka prawnicza, która jest nie tyle kierunkiem, ale uznawana jest za pewien sposób poznania i interpretacji prawa. Podobny charakter mają teorie argumentacji prawniczej, które przeciwstawiają się klasycznemu (pozytywistycznemu) sylogistycznemu modelowi stosowania prawa na rzecz modelu argumentacyjnego, który polega na konstruowaniu argumentów i ich porównaniu w procesie stosowania prawa.

Odrębnego omówienia wymaga tzw. ekonomiczna szkoła prawa, powstała w Stanach Zjednoczonych, która w Polsce cieszy się coraz większym zainteresowaniem. Osobiście nie zgadzam się z poglądem, jakoby szkoła ta powstała w ramach postmodernizmu. Niewątpliwie u podstaw tej koncepcji leży utylitaryzm i pragmatyzm w znaczeniu filozoficznym, a nadto koncepcja ta, w jakiejś mierze, nawiązuje do koncepcji polityki prawa czy inżynierii społecznej, przy czym koncentruje się na celach ekonomicznych (korzystnych społecznie lub jednostkowo). Koncepcja ta, traktująca prawo jako bodziec, u swoich podstaw ma założenia psychologii behawioralnej i korzysta z nowoczesnych metod wypracowanych przez naukę ekonomii.

W tak krótkiej pracy nie sposób omówić perspektyw związanych z badaniem współczesnych koncepcji prawa. Niemniej, jak to wyżej wskazano, w polskiej teorii i filozofii prawa obserwuje się zainteresowanie wieloma koncepcjami. Nie ulega wątpliwości, że rozwój badań filozoficzno-prawnych w Polsce wpływać będzie na głębszą analizę dotychczasowych koncepcji, a nadto inspiracje filozoficzne prowadzić będą do powstania nowych koncepcji lub transformacji pewnych cech idei koncepcji filozoficznych na grunt nauki prawa. Biorąc pod uwagę własne badania naukowe, ośmielam się wyrazić pogląd, iż duże perspektywy badawcze w Polsce stoją przed ekonomiczną szkołą prawa. Natomiast dyskusja związana z tak zwanym postmodernistycznym pojmowaniem prawa zdaje się nie mieć przyszłości.

**Bartosz Szolc-Nartowski,**

PhD, Adjunct Lecturer at the Department of Civil Law, University of Gdańsk,  
Faculty of Law and Administration (Polish)

**KONCEPCJA ŻYCIA PRAWNEGO FRANCISZKA LONGCHAMPS A  
BADANIA NAD PRAWEM RZYMSKIM / Концепція правового життя  
Францішка Лонгшампа та дослідження римського права**

*В статті автор приділяє увагу концепції правової реальності відомого польського юриста Францішка Лонгшампа. Розглядається означена концепція через призму римського права, а також наукових підходів до вивчення правової реальності. Автор поділяє дослідження на вивчення “вглиб” (враховуючи зовнішні чинники) та “всередину” (із врахуванням внутрішньої рефлексії світосприйняття). У своїй статті автор доходить висновку, що лише всестороннє вивчення римського права може призвести до розуміння його впливу на правову реальність у сучасному світі.*

Większość prac Profesora Franciszka Longchamps<sup>1</sup> poświęconych było nauce prawa administracyjnego. Pośród prac nad szczegółowymi tematami ze współczesnego prawa i współczesnej myśli prawnej<sup>2</sup>, powstawały – początkowo rozproszone, w fragmentach, a później zarysowane już w wewnętrznym związku – rozważania dotyczące poznania prawa. Ich owocem była praca zatytułowana „Z problemów poznania prawa”, wydana w 1968 r. nakładem Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego<sup>3</sup>. Krótkie myśli zawarte we wstępie ukazywały już piękno postawy badawczej Autora. Pisał on – wydaje się że z pewnym optymizmem, ale i realistycznie oceniając – „dwie głównie sprawy zdają się dziś zaprzętać myśl prawną, u nas i w innych krajach: podstawy rzetelnego poznania prawa i wartość, jaką ma prawo dla człowieka. Bardzo potrzeba co do nich wymiany myśli i doświadczeń – ale definitywnych rozwiązań chyba tu nie będzie, bo zbyt złożone i zmienne są układy, w których te ważne sprawy występują”. I dalej: „te tutaj rozważania (...) mogą co najwyżej wyrazić pewne myśli co do kierunku poszukiwania rozwiązań”. Z tych myśli wynikają dyrektywy prowadzenia badań przez Autora i postawione od razu pytania: jakie mogą być metody rzetelnego poznania prawa i ujęcia tego poznania w kontekście wartości jakie prawo niesie lub nieść może dla człowieka. F. Longchamps przedstawia proces poznawania prawa zarówno jako struktury myślowej i jako mechanizmu społecznego, przy czym te dwie główne drogi mają się uzupełniać<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Franciszek Longchamps de Bériet, ur. 9 września 1912 we Lwowie, zm. 19 maja 1969 we Wrocławiu – polski prawnik, specjalista w dziedzinie prawa administracyjnego.

<sup>2</sup> By wymienić tylko część opracowań monograficznych: *Ograniczenia własności w polskim prawie administracyjnym*, Lwów 1938; *Prawo agrarne*, Warszawa 1949, *Założenia nauki administracji*, Wrocław 1949, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy*, Wrocław 1968.

<sup>3</sup> F. Longchamps, *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968.

<sup>4</sup> F. Longchamps, *Z problemów...*, s. 17 i n. Idee, które dają się wyczytać z wielu prac autora to

Owoce tak ujętego procesu poznawania prawa jest zaproponowana przez uczono koncepcja życia prawnego, jako pewnego aspektu kultury ludzkiej, wytworu i składnika współżycia ludzi<sup>1</sup>. Proponował autor jak najszersze rozumienie pojęcia życia prawnego, intuicja konkretnego badacza pozwala bowiem na dostateczne wyodrębnienie badanego przedmiotu. Jak postulował uczony, słowo „życie” należy pojmować szeroko: mieszczą się w nim i zachowania się, i struktura normatywna, i nauka. W kulturze prawnej struktura normatywna jest szczególnie silnie rozwiniętym składnikiem, ale tylko składnikiem. Interesujące jest ukazanie w tym kontekście relacji między nauką prawa a prawem, określonej jako „najciekawsza chyba i najbardziej delikatna kwestia”. Nauka prawa należy do szerszej całości, którą jest kultura prawna. Należy też do swego środowiska kulturowego i okresu kulturowego. Drogi, którymi podąża nauka prawa, tematy, jakimi się zajmuje, uzyskiwane wyniki należą do kultury prawnej, a ta sama należy do życia prawnego. Nauka prawa umieszczona w tej całości, ukazuje swój pełny sens, rodzaj intelektualny i swoją rolę społeczną.

Inspirujące badawczo są stwierdzenia dotyczące wiedzy o życiu prawnym. Autor przypuszcza, że klasyczne problemy prawa i nauki prawa: źródła prawa, prawo podmiotowe, stosunek prawny, osobowość prawna i inne podobne – dadzą się porządnie poznać, przedstawić i zrozumieć dopiero wtedy, gdy się na nie spojrzy jako na problemy łącznie: podłoża społecznego, materiału prawnego i doktryny. Należy więc wyjść z własnego kręgu nauki prawa w sensie tradycyjnym i uzyskać upragnione spojrzenie z zewnątrz, wtedy „odsłania się wielkie bogactwo kultury prawnej, skarby myśli pokryte kurzem zapomnienia, bo nieużywane, ukazują w nowym świetle swoją wartość, ujawnia się ciągłość myśli prawnej, która trwa mimo ustawicznego ruchu w prawie, a raczej dzięki temu ruchowi”. Pierwsze doświadczenia w pozyskiwaniu takiej wiedzy o życiu prawnym F. Longchamps przypisuje uczonym zajmującym się badaniami losu prawa rzymskiego w Europie. W badaniach tych prawo rzymskie pojmowane jest jako część kultury społecznej i intelektualnej. Badacze dziejów prawa rzymskiego posługują się pojęciem doświadczenia prawnego, które jest wyrazem ustawicznego krążenia, które się odbywa między materiałem normatywnym, praktyką prawną i refleksją. Franciszek Longchamps daje w tym miejscu jeszcze istotny postulat – uogólnienia i rozszerzenia tak rozumianego programu badawczego na prawo teraźniejsze, wtedy potwierdzi się bowiem ciągłość kultury prawnej, *continuum*, w którym granica teraźniejszości jest tylko umowna<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> „troska o życzliwość w stosunkach międzyludzkich, realizm płynący ze zrozumienia wszystkiego, co ludzkie i dopełnianie nakazów prawa więzami moralności”, J. Starościak, *Franciszek Longchamps 1912 – 1969*, Państwo i Prawo, z. 7, 1969, s. 120.

<sup>2</sup> F. Longchamps, *Z problemów...*, s. 30 i n.

<sup>3</sup> T. Giaro i F. Longchamps de Berier we wstępie do drugiego wydania książki profesora H. Kupiszewskiego „Prawo rzymskie a współczesność” wspominają słowa romanisty i cywiliisty Stanisława Wróblewskiego, powtarzane przez jego ucznia Henryka Kupiszewskiego, że zadanie romanistyki zostanie ostatecznie wykonane, gdy w sposób ciągły opracujemy wszystkie ogniwa pośrednie między starożytnością a prawem współczesnym; por. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*<sup>2</sup>, Kraków 2013, s. 8-9. Zadanie to jest kontynuowane przez kolejne generacje –



F. Longchamps daje pewne propozycje, w jaki sposób można – mimo postulatów unikania granic – zarysować przedmiot badania wyraźniej. „Na powierzchni” przedmiotów (dziedzina prawa) mieć ma zarysowane granice wobec dziedzin sąsiednich. „Na powierzchni” oznacza wyznaczenie granic umowy dla podejmowanego badania. Wyboru dokonuje badacz, najczęściej będzie to przedmiot normowany i kraj. Badacz powinien sięgać bez ograniczeń w głąb i w górę. „W głąb” oznacza realia społeczne, demograficzne, ekonomiczne. „W górę” – sferę narosłej refleksji myślowej. Możemy badać skodyfikowane prawo cywilne danego kraju, prawo samorządu zawodowego czy partii politycznej – będzie to badanie na powierzchni, gdzie pojawią się liczne związki z sąsiednimi odgraniczonymi dziedzinami. Powinny temu towarzyszyć możliwie dalekie badania „w głąb” i „w górę”.

Sama wiedza o życiu prawnym, tak realizowana, stanowi jednocześnie przejaw życia prawnego, czyli należy do kultury prawnej. Jednakże tak pojmowana wiedza o kulturze prawnej da pełniejsze, bo szerzej zamierzone poznanie, pełniej ukażą się problemy i zadania, które stawia życie prawne. Pewne deficyty dzisiejszej nauki prawa – zdaniem uczonego – wynikają z tego, że doraźnie musi ona dostarczać rozważań w interpretacji, w systematyzacji, w dydaktyce, w swoich codziennych zadaniach.

Pozostaje jeszcze pytanie, jaką ma wiedza o życiu prawnym zająć postawę w kwestii wartości w prawie. Bada poszukiwania wartości podejmowane przez naukę prawa. Czy jednak sama ma wziąć udział w tych poszukiwaniach? Wedle jurysty wiedza o życiu prawnym – jeśli się rozwinie, badać będzie rozmaite wartości, które są uznawane w prawie i w nauce prawa i łącznie w obu. Będzie je przede wszystkim wyjaśniać, badać przyczyny, przyjęcia wartości, doświadczenia społeczeństw w postępowaniu z wartościami, skutki uznawania, naruszania i stosowania. Może więc jako rezultat dać pewne wartości do wyboru i tym samym spełni swą użyteczną funkcję wobec społeczeństwa.

Warto zwrócić uwagę, że przedstawiona przez F. Longchamps pochwała badań romanistycznych nie jest bezwzględna. Dotyczy ona jedynie tej ich części, która zajmuje się i ukazaniem rzymskiej myśli prawnej i losów tej myśli w wiekach późniejszych, aż po czasy współczesne. A i samo ukazywanie rzymskiej myśli prawnej - w myśl postulatów badań w dół i w górę - powinno brać pod uwagę, że myśl ta niejednokrotnie nie była jednolita, wolna od kontrowersji i zmian w przyjmowanych jako przeważające poglądach. Zasady przyjmowane w wiekach późniejszych jako „rzymskie” w samym Rzymie nie ostawały się w konkretnych sytuacjach – czasem jedne wartości przeważały nad innymi i stanowiło to element życia prawnego. Wyjaśnienie, w jaki sposób rzymskie doświadczenie życia prawnego oddziaływało na epoki późniejsze i oddziaływały lub

---

ciekawym z punktu widzenia propagowania metody przedstawiania prawa rzymskiego jest podręcznik prawa rzymskiego Wojciecha Dajczaka, Tomasza Giaro i Franciszka Longchamps de Berier – wnuka Franciszka Longchamps, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, ukazujące prawo rzymskie jako dorobek myśli prawniczej, przedstawiając wartości i zasady prawa prywatnego na przykładzie unormowań rzymskich i tradycji romanistycznej od średniowiecza po współczesność.

może oddziaływać na dzisiejsze życie prawne, to już zadanie dla badaczy, które ciągle pozostaje niespełnione.

**Кристина Белозерова,**  
к.ю.н., ст. преподаватель кафедры трудового права  
Уральского государственного юридического университета (Россия)  
tp@usla.ru

## **ЗНАЧЕНИЕ ТЕРМИНОВ ИНЫХ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ТРУДОВЫХ ПРАВ УЧАСТНИКОВ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ (НА ПРИМЕРЕ УГОЛОВНО- ПРАВОВОГО ТЕРМИНА “СУДИМОСТЬ”)**

Отношения, регулируемые трудовым правом, сопутствуют человеку на протяжении длительного периода времени: лицо либо само выступает участником трудовых отношений, либо является потребителем тех продуктов (прежде всего, услуг), которые являются результатом трудовой деятельности других лиц. Такое значение отрасли зачастую предполагает, что для определения трудовых прав, обязанностей сторон трудовых отношений, определения содержания установленных для них запретов законодатель вынужден обращаться к понятийному аппарату других отраслей права. При этом бесспорным представляется вывод С.Ю. Головиной о том, что понятия других отраслей права, используемые в отрасли трудового права, должны использоваться в тех значениях, которые им приданы в соответствующей отрасли права, а дополнительные разъяснения применительно к трудовому праву должны даваться в случае, если понятие не имеет однозначного толкования<sup>1</sup>.

Российская Федерация как социальное государство призвана защитить интересы несовершеннолетних и создать благоприятную среду для их роста и развития. В этой связи в Трудовой кодекс Российской Федерации (далее – ТК РФ)<sup>2</sup> были включены нормы, устанавливающие ограничения права на труд для работников, которые, по мнению законодателя, при допуске их к отдельным видам трудовой деятельности либо деятельности в определенных сферах смогут оказать негативное воздействие на несовершеннолетних. При этом при определении такого ограничения права законодатель применяет термин “судимость”, который транслируется им как характеристика лица, оказывающего неблагоприятное воздействие на несовершеннолетнего.

Так, ТК РФ в ст. 331 и 351.1 посредством обращения к термину “судимость” ограничивает трудовые права граждан в части установления запрета

---

<sup>1</sup> Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права: Монография. Екатеринбург, 1997. С. 80–81.

<sup>2</sup> Трудовой кодекс Российской Федерации № 197-ФЗ от 30.12.2001 г. // Российская газета. № 256. 31.12.2001 г.

для занятия педагогической деятельностью, а также на занятие иной трудовой деятельностью в сфере образования, воспитания, развития несовершеннолетних, организации их отдыха и оздоровления, медицинского обеспечения, социальной защиты и социального обслуживания, в сфере детско-юношеского спорта, культуры и искусства с участием несовершеннолетних.

Толкование указанного термина применительно к отрасли трудового права законодателем не дается, в связи с чем для определения содержания и условий применения правоограничений возникает необходимость обращаться к уголовному законодательству — ч. 1 и 6 ст. 86 Уголовного кодекса Российской Федерации<sup>1</sup> (далее — УК РФ), в соответствии с которыми лицо, осужденное за совершение преступления, считается судимым со дня вступления обвинительного приговора суда в законную силу до момента погашения или снятия судимости, а погашение или снятие судимости аннулирует все правовые последствия, связанные с ней.

Получается, что в уголовном законодательстве действие правоограничений, связанных с судимостью, ограничено временным пределом, в то время как нормами трудового законодательства, по сути, осуществляется отказ от временного ограничения таких последствий (нормы ст. 331 и 351.1. ТК РФ предусматривают ограничение на труд не только для лиц, имеющих судимость, но также и на тех, чья судимость была снята или погашена).

Представляется, что такой подход может быть признан оправданным только в том случае, если не нарушаются условия соразмерности правоограничения защищаемым целям (ценностям), ради которых оно вводится (в частности, такой подход к определению возможности и пределов правоограничений был изложен в особом мнении судьи Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) К.В. Арановского, выраженном в Определении КС РФ № 1650-О-О от 16.12.2010 г.).<sup>2</sup>

Целью выхода законодателя в распространении правовых последствий судимости за периоды ее действия, определяемые в “родной” отрасли, является, безусловно, защита несовершеннолетних от возможного негативного влияния на них лиц, имевших в прошлом судимость, в том числе защита их прав и интересов, жизни и здоровья, создание необходимой морально-нравственной среды воспитания.

Однако нормативное определение рассматриваемого ограничения в ТК РФ не всегда позволяет говорить о соразмерности правоограничения защищаемым

---

<sup>1</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации № 63-ФЗ от 13.06.1996 г.// Российская газета. № 113, 114, 115, 118. 18 (ст.ст. 1-96), 19 (ст.ст. 97-200), 20 (ст.ст. 201-265), 25 (ст.ст. 266-360).06.1996 г.

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда РФ “Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества “Банк ВТБ 24” на нарушение конституционных прав и свобод положением абзаца второго части третьей статьи 445 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и статьей 397 Трудового кодекса Российской Федерации” № 1650-О-О от 16.12.2010 г.

интересам. Так, безусловный и безоговорочный запрет за занятие трудовой деятельностью в определенной сфере, где наиболее вероятно взаимодействие работника с несовершеннолетним, при условии совершения преступлений из числа предусмотренных законодателем (таких, например, как нарушение правил безопасности при ведении горных, строительных или иных работ (ст. 216 УК РФ) или нарушение требований пожарной безопасности (ст. 219 УК РФ)), не обусловлен целями защиты прав и интересов несовершеннолетних, не соразмерен этим целям. Представляется, что риски возможного нарушения прав несовершеннолетних при допуске к работе лиц, имевших ранее судимость за совершение таких преступлений, в особенности в тех случаях, когда в силу трудовой функции взаимодействие такого работника с несовершеннолетним практически исключено, столь незначительны, что ограничение конституционного права на труд является чрезмерным.

В этой связи КС РФ в своем Постановлении № 19-П от 18.07.2013 г.<sup>1</sup> одновременно с признанием неконституционными норм ст. 331, 351.1 ТК РФ в том понимании, которое им давалось в правоприменительной практике, определил допустимые пределы ограничения конституционного права на труд лиц, имеющих или имевших судимость. В частности, анализ позиции КС РФ позволяет установить три группы условий определения права на труд в соответствующей сфере деятельности, отличающихся друг от друга степенью ограничения такого права.

Первая группа случаев предполагает отсутствие каких-либо ограничений права на труд. Такой подход применим к лицам, не привлекавшимся к уголовной ответственности и не подвергавшимся уголовному преследованию, а также подвергавшимся уголовному преследованию, которое было прекращено по реабилитирующим основаниям, или привлекавшимся к уголовной ответственности либо подвергавшимся уголовному преследованию за совершение преступлений, не указанных в ст. 331 и 351.1 ТК РФ.

Вторая группа определяет абсолютное ограничение права на труд. Такое ограничение применимо к лицам, судимость которых на момент принятия решения снята или погашена (при условии, что эти лица совершили преступления, относящиеся к тяжким или особо тяжким преступлениям, из числа перечисленных в ст. 331 и 351.1. ТК РФ либо преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности), а также к лицам, имеющим на момент принятия решения судимость за совершение преступлений, предусмотренных ст. 331 и 351.1. ТК РФ, независимо от степени тяжести совершенных преступлений.

Третья группа характеризуется тем, что вопрос о возможности ограниче-

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ “По делу о проверке конституционности пункта 13 части первой статьи 83, абзаца третьего части второй статьи 331 и статьи 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В.К. Барабаш, А.Н. Бекасова и других и запросом Мурманской областной Думы” № 19-П от 18.07.2013 г.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

ния права на труд решается работодателем с учетом факторов, позволяющих оценить возможность осуществления этими лицами профессиональной деятельности, связанной с регулярными и непосредственными контактами с несовершеннолетними, без риска подвергнуть опасности их жизнь, здоровье и нравственность (таких, например, как степень тяжести совершенного преступления, срок, прошедший с момента его совершения, форма вины и т.д.). Такая оговорка предусмотрена применительно к лицам, судимость которых снята или погашена при условии, что совершенные такими лицами преступления указаны в ст. 331 и 351.1. ТК РФ, но не относятся к категории тяжких и особо тяжких преступлений, а также к преступлениям против половой неприкосновенности и половой свободы личности; к лицам, уголовное преследование в отношении которых по обвинению в совершении преступлений, предусмотренных ст. 331 и 351.1. ТК РФ, прекращено по нереабилитирующим основаниям. Однако проблемной представляется реализация такого подхода на практике, поскольку у работодателя отсутствуют механизмы получения той информации, которая должна лечь в основу полагающейся оценки.

Подход КС РФ, строящийся на принципе определения соразмерности ограничения трудовых прав защищаемым интересам несовершеннолетних, видится обоснованным, соответствующим целям правового регулирования трудовых отношений. При этом на сегодняшний день можно говорить о том, что использование в ТК РФ уголовно-правового термина “судимость” для установления ограничения права на труд обусловлено целями защиты конституционных прав несовершеннолетних, задачами социального государства. Однако механизмы реализации такого подхода в настоящее время законодателем не предусматриваются, что систематически приводит к нарушению баланса интересов участников трудовых отношений.

**Олена Білоскурська,**

к.ю.н., доцент, доцент кафедри соціально-гуманітарних наук,  
економічної теорії та права Чернівецького торговельно-економічного інституту  
Київського національного торговельно-економічного університету  
biloskurska@gmail.com

## КАТЕГОРІЯ “ОБОВ’ЯЗКУ” В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ

Сьогодні, в період становлення суспільних відносин на якісно новій конституційній основі, видається необхідним здійснити аналіз ролі та значення багатьох конституційних категорій. Це також стосується конституційних обов’язків людини і громадянина, що впливають з факту соціального буття людини і в єдності з правами утворюють універсальний принцип демократичної організації суспільного життя.

Людина, перебуваючи в суспільстві, постійно взаємодіє з іншими людьми, а тому, вона не може не мати обов’язків стосовно суспільства, інших осіб чи дер-

жави. В свою чергу, конституційні обов'язки не припиняються і не виникають раз за разом. Вони діють постійно і людина не може відмовитися від виконання своїх конституційних обов'язків, перш за все тому, що вони виступають засобом забезпечення конституційних прав і свобод. На думку окремих науковців, “невиконання своїх обов'язків певною частиною членів суспільства неправомірно змінює їх конституційно-правовий статус на шкоду статусу інших його членів, права і свободи яких відповідно фактично обмежуються. Це, у свою чергу, порушує баланс інтересів і створює умови для виникнення конфліктів між людьми. Якщо такі випадки набувають масового характеру, вони стають причиною глобальних кризових явищ у суспільстві, а у разі, коли конституційні обов'язки масово не виконуються тими членами суспільства, які є посадовими та службовими особами органів державної влади, – стають причиною глобальних кризових явищ у державі”<sup>1</sup>.

Кожний новий період конституційного розвитку суспільства закріплював як зміну кількісного складу так і зміст інституту обов'язків людини і громадянина. Вказана закономірність є відображенням конституційного регулювання відносин між суспільством, особою та державою, яка пояснюється не тільки соціально-економічними умовами розвитку суспільства, але й розташуванням політичних сил в країні, ідеологічними і культурними факторами її розвитку, взаємною відповідальністю індивіда і держави.

Незалежно від способу закріплення і текстуального оформлення основні обов'язки є невід'ємним атрибутом кожної конституції. Виступаючи в певній мірі вторинними по відношенню до прав, обов'язки людини і громадянина являються вагомою характеристикою ладу демократичної правової держави з республіканською формою правління, тісно пов'язані з принципом соціальної держави. Звідси і конституційно-правове розуміння основних обов'язків людини і громадянина, першочерговою крапкою якого є сутність конституції, її зміст і функції, пов'язані з нормативним вираженням основних принципів конституційного ладу і захистом соціальних, а через них і індивідуальних цінностей<sup>2</sup>.

Аналізуючи наявні в юридичній літературі твердження та трактування можна запропонувати декілька підходів стосовно визначення поняття обов'язку.

Так, окремі науковці притримувалися думки, що поняття обов'язку слід розкривати через категорію *належного*<sup>3</sup>, що в подальшому було піддано науковій критиці, оскільки таке розуміння обов'язку отожднювалося з фактичною поведінкою, що відповідала обов'язку. Крім того, в такому випадку прослідкову-

<sup>1</sup> Рабінович П. М. Права людини і громадянина : навч. посібник / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2004. – С. 287–288.

<sup>2</sup> Эбзеев Б. С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности / Эбзеев Б. С. – М : Норма, 2007. – С. 216

<sup>3</sup> Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / Братусь С. Н. – М. : Юрид. лит., 1950. – С.11.

ється своєрідне перенесення загальної етичної категорії належного на окремих випадок. Категорія належного охоплює взагалі усі вимоги, що ставляться до людей у формі соціальних норм.

У сфері права, поняття “належна поведінка” вказує на відповідність поведінки вимогам норм права, або, інакше кажучи, вказує на правомірність поведінки, тому мірою належного за своєю природою є і суб’єктивне право, і обов’язок. Визначення обов’язку через категорію належного вказує лише на його зовнішні атрибути, на приналежність до системи соціально-нормативного регулювання поведінки людини, але не розкриває його сутності<sup>1</sup>, з чим ми, безперечно, погоджуємося. “Належна поведінка” – це поведінка, що відповідає обов’язку. Мається на увазі виконання обов’язку, а не безпосередньо сам обов’язок. Тобто, “належне” характеризує сам процес реалізації. У зв’язку з цим, “належне” охарактеризовує лише однобічно обов’язок, а саме вказівку на його виконання і, таким чином, не виражає внутрішнього змісту обов’язку, не дозволяє відмежувати його від норми, у якій він фіксується.

Ми дотримуємося наукової позиції тих учених, які розкривають поняття юридичного обов’язку через категорію *необхідності*. Сьогодні, в умовах побудови в Україні правової, демократичної держави, обов’язки людини і громадянина зберігають свою відмінність від прав і не ототожнюються з ними. Тому видається правильним висловлювання про те, що для того, щоб встановити відмінності між правами, свободами і обов’язками, розкрити суть кожного з цих явищ, доречно буде розкривати поняття прав і свобод через категорію правової можливості, а обов’язків – через категорію правової необхідності.

Категорія необхідності закладена в основу досліджень інституту обов’язків багатьма відомими вченими-науковцями<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ем В. С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей / В. С. Ем // Вестник Московского университета. – Серия 11 : Право. – 1981. – № 1. – С. 57–58.

<sup>2</sup> Батанов О. В. Обов’язок конституційний / О. В. Батанов // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. Ю. С. Шемшученко (голова ред.) та ін.]. – К. : Вид-во “Українська енциклопедія” імені М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 4: Н–П. – 2002. – С. 224–225; Воеводін Л. Д. Юридичський статус личности в России : [учебное пособие] / Леонид Дмитриевич Воеводін. – М. : Инфра М-Норма, 1997. – С. 141; Ем В. С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей / В. С. Ем // Вестник Московского университета. – Серия 11 : Право. – 1981. – № 1. – С. 62; Конституція незалежної України : [навч. посібник / за ред. В. Ф. Погорілка, Ю. С. Шемшученка, В. О. Євдокимова]. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Спілка юристів України, 2000. – С. 160; Конституційно-правові засади становлення української державності / [Таций В. Я., Тодика Ю. М., Данильян О. Г. та ін. ; за ред. В. Я. Таций, Ю. М. Тодики]. – Харків : Право, 2003. – С. 110; Костецька Т. А. Поняття і види основних прав, свобод та обов’язків людини громадянина / Т. А. Костецька // Конституційне право України: Академічний курс : підручник : в 2 т. / [за заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. – К. : ТОВ “Видавництво “Юридична думка”, 2006–2008. – Т. 2. – 2008. – С. 52; Масленников В. А. Конституционные обязанности граждан / В. А. Масленников // Конституционный статус личности в СРСР. – М. : Юрид. лит., 1980. – С. 85; Рабінович П. М. Права людини і громадянина : навч. посібник / П. М. Ра-

На нашу думку, на відміну від “належної поведінки”, “правова необхідність” – це визначене нормативним актом правило поведінки. Категорія необхідності є більш конкретизованим, формалізованим та вужчим правилом поведінки. На відміну від “належної поведінки”, категорія “необхідної поведінки” в обов’язковому порядку має бути визначена нормативним актом, а саме Конституцією України, і окреслювати найбільш важливі, значущі обов’язки. В свою чергу, “належна поведінка” хоча і є так само бажаною для нормативного закріплення, але за своєю роллю є менш важливою і необхідною для формалізації через нормативно-правовий акт.

Зазначимо, що категорія необхідності чітко окреслює коло суб’єктів, що її визначають. Зокрема, розглядаючи обов’язок додержуватися Конституції України та законів України, таким суб’єктом виступає Верховна Рада України, тоді як належна поведінка може мати своїм джерелом і звичай, і локальний нормативний акт, витоки моралі, етику поведінки. Якщо стверджувати, що юридичний обов’язок – це належна поведінка, то змушені будемо визнати необхідність формалізації, тобто закріплення через нормативний акт всіх видів належної поведінки, коли в свою чергу, правова необхідність, як видається, це те, що регламентовано нормою закону.

Таким чином, на нашу думку, категорія необхідності найбільш змістовно розкриває сутність правового обов’язку. Дана категорія, з одного боку, вказує, що цей обов’язок існує і розвивається в межах бажаної, встановленої законом і забезпеченої державою поведінки, а з іншого – відображає сутність саме правового обов’язку із притаманною йому специфікою (можливість застосування державного примусу). Категорія необхідності, як наголошується в літературі, дозволяє більш адекватно відобразити сутність правового обов’язку, що володіє всіма якостями, які належать праву загалом, через діалектичну єдність загального і окремого<sup>1</sup>. Отже, сутність юридичних обов’язків розкривається за допомогою категорії “правова необхідність”, тобто необхідність, передбачена Конституцією, іншими законами.

Крім двох зазначених категорій – належності та необхідності в юридичній літературі була здійснена спроба розкрити поняття обов’язку і через категорію “правова можливість”<sup>2</sup>. Такий підхід справедливо, вважаємо, не був підтриманий науковцями, оскільки, “юридичний обов’язок у будь-якому випадку не

бінович, М. І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2004. – С.288; Эбзеев Б. С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности / Эбзеев Б. С. – М. : Норма, 2007. – С. 205–206.

<sup>1</sup> Ем В. С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей / В. С. Ем // Вестник Московского университета. – Серия 11 : Право. – 1981. – № 1. – С. 62.

<sup>2</sup> Мальцев Г. В. Социалистическое право и свобода личности (теоретические вопросы) / Мальцев Г. В. – М. : Юрид. лит., 1968. – С. 72; Еременко Ю. П. Советская Конституция и законность / Ю. П. Еременко ; [науч. ред. Ржевский В. А.]. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1982. – С. 92–93.



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

можна визначати через категорію можливості, сутність обов'язку не в можливості, а в необхідності. Право не приписує нічого неможливого, його вимоги об'єктивно виконувані. В протилежному випадку цілі правового регулювання були б недосяжними”<sup>1</sup>.

Узагальнюючи викладене зазначимо, що поняття конституційних обов'язків доречно розкривати через категорію правової необхідності, оскільки вказана категорія є фундаментальною та конкретизуючою ознакою юридичного обов'язку, яка визначається нормативним актом, зокрема Конституцією України. Явище юридичного обов'язку – у вимозі необхідної, потрібної, корисної з погляду держави, влади, закону поведінки суб'єкта, яка забезпечується авторитетом держави, в чому й полягає її відмінність, наприклад, від моральних вимог.

На нашу думку, конституційні обов'язки людини і громадянина можна визначити як різновид юридичних обов'язків, встановлену і гарантовану, забезпечену державою необхідність поведінки людини і громадянина в інтересах суспільства, держави та інших осіб, в межах і порядку, передбачених Конституцією України щодо створення, набуття та захисту суспільних і власних благ.

**Анна Біцай,**  
аспірант кафедри правосуддя  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
annybitsay@ya.ru

## ПОНЯТТЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА

**Н**аукові дослідження, присвячені вивченню поняття професійної відповідальності, в тому числі й поняття професійної відповідальності адвокатів, є відносно молодими. У зв'язку з цим, аналіз досліджень і публікацій, в яких розкривається зміст даних понять, свідчить про те, що ці питання гідним чином не досліджені. Саме тому, вирішення питання про те чи існує підміна понять між термінами “професійна відповідальність адвоката” та “дисциплінарна відповідальність адвоката” у законодавстві України є дуже актуальним і потребує негайного вирішення шляхом співставлення та порівняння дисциплінарної відповідальності у її класичному розумінні та дисциплінарної відповідальності адвоката закріпленої у Законі України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” від 5 липня 2012 року № 5076-VI (далі – ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”)<sup>2</sup>.

*Так, спільними рисами класичної дисциплінарної відповідальності та дисциплі-*

---

<sup>1</sup> Матузов Н. И. Правовая система и личность / Матузов Н. И. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1987. – С. 162.

<sup>2</sup> Закон України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” від 05.07.2012 р. № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). - 2013. - № 27. - ст.282 – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

нарної відповідальності адвоката є: *по-перше*, підставами обох видів відповідальності є дисциплінарний проступок; *по-друге*, наявність відносин влади та підпорядкування між органами/посадовими особами уповноваженим накладати дисциплінарні стягнення та особами, на яких накладаються такі стягнення; *по-третє*, основною метою є встановлення та зміцнення законності та дисципліни у процесі здійснення трудової та професійної діяльності.

Основними відмінностями дисциплінарної відповідальності адвоката від класичної дисциплінарної відповідальності є: *по-перше*, коло суб'єктів на яких вона поширюється. Так, суб'єктом дисциплінарної відповідальності відповідно до ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” може бути виключно адвокат. В свою чергу, суб'єктом класичної дисциплінарної відповідальності є працівник; *по-друге*, відсутність трудових правовідносин між адвокатом та органами і посадовими особами уповноваженим накладати дисциплінарні стягнення; *по-третє*, об'єкт дисциплінарного проступку. Загальним об'єктом дисциплінарного проступку адвоката є професійні обов'язки адвоката, а загальним об'єктом класичного дисциплінарного проступку є внутрішній трудовий розпорядок; *по-четверте*, нормативно-правове регулювання процедури накладення дисциплінарного стягнення. Дисциплінарна відповідальність адвоката настає на підставі норм ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”, а класична дисциплінарна відповідальність настає на підставі норм Кодексу законів про працю України та правил внутрішнього трудового розпорядку (загальна дисциплінарна відповідальність) чи на підставі спеціального законодавства, статутів та положень про дисципліну відповідальність передбачених для окремих категорій працівників (спеціальна дисциплінарна відповідальність); *по-п'яте*, основним призначенням дисциплінарної відповідальності. Провідною функцією класичної дисциплінарної відповідальності є карально-штрафна функція. Проте, основним призначенням дисциплінарної відповідальності адвокатів є не стільки покарання, скільки захист як адвокатів та адвокатури в цілому від колег, які підривають престиж адвокатури і шкодять усьому адвокатському товариству, так й осіб, які звернулися щодо отримання правової допомоги від адвокатів, які здійснюють свою діяльність не професійно (у зв'язку з невиконанням чи не належним виконанням обов'язків покладених на них чинним законодавством України). *по-шосте*, види дисциплінарних стягнень. Відповідно до пункту 3 частини 1 статті 35 ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” за вчинення дисциплінарного проступку до адвоката може бути застосовано такий вид дисциплінарного стягнення як позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України. Як зазначає Мельниченко Р.Г., “дискваліфікаційний” елемент професійної відповідальності адвокатів полягає в тому, що особа, до якої застосовано такий вид стягнення, як позбавлення статусу адвоката, не володіє можливістю займатися адвокатською діяльністю взагалі. Подібний елемент від-

сутній в інституті дисциплінарної відповідальності<sup>1</sup>; *по-сьоме*, коло органів/ осіб, які можуть застосовувати дисциплінарні стягнення. Єдиним органом уповноваженим на здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвоката є кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури (дисциплінарна палата). Що ж стосується класичного дисциплінарного провадження, то, за загальним правилом, дисциплінарні стягнення застосовуються органом, якому надано право прийняття на роботу (обрання, затвердження і призначення на посаду) даного працівника (загальна дисциплінарна відповідальність). На працівників, які несуть дисциплінарну відповідальність за статутами, положеннями та іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладатися також органами, вищестоящими щодо органів, вказаних вище (спеціальна дисциплінарна відповідальність). Працівники, які займають виборні посади, можуть бути звільнені тільки за рішенням органу, який їх обрав, і лише з підстав, передбачених законодавством (спеціальна дисциплінарна відповідальність).

Дослідивши сутність класичної дисциплінарної відповідальності та дисциплінарної відповідальності адвоката, а також співставивши їх, маємо можливість стверджувати, що між цими видами юридичної відповідальності набагато більше відмінних рис ніж спільних. Відмінності є суттєвими, оскільки обумовлені особливостями складу дисциплінарного проступку, особливостями правового регулювання дисциплінарної відповідальності, особливостями мети та призначенням відповідальності, особливими видами стягнень та іншим. Проаналізовані вище особливості (характерні риси) притаманні виключно дисциплінарній відповідальності адвоката. Таким чином, ми доходимо висновку, що дисциплінарна відповідальність адвоката не є різновидом класичної дисциплінарної відповідальності (в тому числі, спеціальної дисциплінарної відповідальності), а є самостійним видом юридичної відповідальності. Таким чином, ми вважаємо, що у законодавстві України про адвокатуру та адвокатську діяльність наявна підміна понять. Тобто, той вид юридичної відповідальності, який знайшов відображення у ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” за своєю правовою природою є професійною відповідальністю адвоката, однак законодавець дав йому назву дисциплінарної відповідальності адвоката. На нашу думку, це обумовлено: *по-перше*, тим, що у законодавстві України термін “професійна відповідальність” практично не використовується, а отже понятійний апарат також відсутній. Так, дійсно, законодавець оперує поняттям “професійна відповідальність”, встановлюючи у пункті 27 частини 1 статті 7 Закону України “Про страхування” від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР<sup>2</sup> обов’язкове

<sup>1</sup> Мельниченко Р.Г. Профессиональная ответственность адвоката: монография /Р.Г. Мельниченко. – Волгоград, 2010. – С.40.

<sup>2</sup> Закон України “Про страхування” від 07.03.1996 р. № 85/96-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). - 1996. - № 18. - ст. 78 – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/85/96-вр>

страхування професійної відповідальності осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, однак, дана норма носить декларативний характер, тому що, перелік таких осіб відсутній, а також відсутнє визначення поняття професійної відповідальності та підстав її настання; *по-друге*, у зв'язку з наявністю у ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” таких термінів, як: “дисциплінарне провадження”, “дисциплінарний проступок” та “дисциплінарне стягнення”, з новою ж таки, через відсутність понятійного апарату професійної відповідальності. Однак, це не є достатніми підставами автоматично здійснювати підміну понять та проектувати поняття “дисциплінарна відповідальність” на відносини, пов'язані із притягненням адвоката до професійної відповідальності.

Власне кажучи, професійна відповідальність адвоката є неоднорідною та містить в собі елементи дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності, попри це, вона має низку особливостей, які дозволяють вважати професійну відповідальність окремим видом юридичної відповідальності. Однак, законодавчого підтвердження даного підходу на сьогоднішній день не існує. Саме тому, ми пропонуємо, розглядати професійну відповідальність адвоката у двох значеннях, а саме, у вузькому та широкому.

Так, **професійна відповідальність адвоката у вузькому значенні** – це дисциплінарна відповідальність адвоката визначена ЗУ “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”, яка полягає у зазнанні адвокатом, винним у порушенні своїх професійних обов'язків визначених законодавством України про адвокатуру та адвокатську діяльність, несприятливих для себе наслідки з боку уповноваженого суб'єкта, що виражаються у дисциплінарних стягненнях.

Тоді, як **професійна відповідальність адвоката у широкому значенні** – це специфічний вид юридичної відповідальності, який поєднує в собі елементи дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності, та являє собою правовідносини, які виникають між суб'єктом уповноваженим накладати стягнення та адвокатом, внаслідок порушення останнім своїх професійних обов'язків визначених законодавством України про адвокатуру та адвокатську діяльність, і полягають у накладенні обов'язку на адвоката понести несприятливі для себе наслідки.

Ірина Богдан,

к.ю.н., асистент кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
Iryna.Bogdan@ukrproduct.com

## МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ “ТВОРЧИЙ ПРАЦІВНИК”

**Ю**ридичний зміст поняття “творчий працівник” не дає можливості чітко й однозначно визначити коло суб'єктів трудових правовідносин, що від-

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

носиться до таких працівників, а відтак позбавляє особу можливості підтвердити не тільки свій спеціальний правовий статус, але й взагалі правовий статус працівника, та скористатися ним у повній мірі.

Законодавче визначення поняття “професійний творчий працівник”, передбачене у ч. 2 ст. 1 Закону України “Про професійних творчих працівників та творчі спілки”, визначається як особа, що провадить творчу діяльність на професійній основі, результатом якої є створення або інтерпретація творів у сфері культури та мистецтва, публічно представляє такі твори на виставках, шляхом публікації, сценічного виконання, кіно-, теле-, відеопоказу тощо та/або є членом творчої спілки, та/або має державні нагороди за діяльність у сфері культури і мистецтва<sup>1</sup>.

Відповідно до п. 1 ч. 1 “Рекомендацій про становище творчих працівників”, прийнятих Організацією Об’єднаних Націй з питань освіти, науки та культури (ЮНЕСКО) від 27 жовтня 1980 р. (далі – Рекомендації ЮНЕСКО), до творчих працівників відносять будь-яку особу, яка створює або інтерпретує твори мистецтва, беручи таким чином участь, в їх відтворенні, яка вважає свою творчу діяльність невід’ємною частиною свого життя, яка таким чином сприяє розвитку мистецтва та культури та яка визнана або вимагає визнання у якості творчого працівника, незалежно від того, пов’язана вона або ні якими б то не було трудовими відносинами та чи є вона або ні членом якої-небудь асоціації<sup>2</sup>.

Зазначене положення неодноразово піддавалося критиці в доктрині трудового права Російської Федерації. Зокрема, Л. Ю. Бугров зазначав, що визначення творчого працівника, надане в Рекомендаціях ЮНЕСКО, є за обсягом ширшим ніж визначуване поняття “працівник” і виходить за межі предмета трудового права. Пояснюючи дану обставину невдалим перекладом з англійської мови, що є оригінальним варіантом тексту Рекомендацій ЮНЕСКО, вчений-трудолик вказував на те, що поняття “творчий працівник” слід інтерпретувати як “творчий діяч”<sup>3</sup>.

Підтримують цей критичний погляд Р. А. Карімова та Н. М. Салікова, які зазначають, що визначення “творчий працівник” не є вдалим, оскільки розкривається через тавтологію. Власне, у якості творчого працівника виступає будь-яка особа, що займається творчою діяльністю. При цьому поняття “творчої діяльності” залишається не розкритим, так само як і поняття “твір у сфері культури та мистецтва”. Значно ускладнює сприйняття поняття “творчий працівник” використання словосполучень на кшталт “особа, яка вважає свою

<sup>1</sup> Закон України “Про професійних творчих працівників та творчі спілки” №554/97 від 07.10.1997 р. – ВР//Відомості Верховної Ради України, 1997, N 52, ст. 312/.

<sup>2</sup> Рекомендація ООН “Рекомендація про становище творчих працівників” від 27.10.1980 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України, 2003, 00, № 3.

<sup>3</sup> Бугров Л.Ю., Худякова С.С., Варламова Ю.В., Гонцов Н.И. Творчество и трудовое право/под ред. Л.Ю. Бугрова. – П.: Издательство Пермского университета. – 1995. – 132 с. – С.56.

творчу діяльність невід'ємною частиною свого життя”, які не несуть в собі юридичного значення<sup>1</sup>.

Л. Ю. Бугров вказує, що зміст словосполучення “особа, яка вважає свою творчу діяльність невід'ємною частиною” повністю входить у зміст словосполучення “вимагає визнання у якості творчого працівника”<sup>2</sup>.

Критика змісту поняття “творчий працівник” є доречною, водночас цілком погодитися з деякими її положеннями не можна.

Міжнародна норма є більш універсальною у питанні віднесення особи до категорії “творчих працівників” та встановлює гарантії, передбачені законодавством про працю для всіх працівників, незалежно від того, на якій правовій підставі особа виконує роботу, що за своїм змістом є творчістю, визнаючи за нею статус творчого працівника.

В даному контексті запропонований Бугровим Л.Ю. варіант перекладу англійського слова “artist” у якості “творчого діяча” (а не творчого працівника), через відсутність в ньому юридичного навантаження, не визначає прав та/або обов'язків особи, що підпадає під визначення Рекомендацій ЮНЕСКО, а відтак є методологічно невірним.

Цікавим є підхід у трудовому праві Європейського Союзу (надалі ЄС), де відсутній нормативний акт, який би закріплював єдине поняття “працівник”. Дефініція “працівник”, як правило, виводиться із практики суду ЄС. Так, критерієм віднесення особи до працівника є організаційна (або особиста) залежність. Суттєвою ознакою трудових правовідносин є те, що особа на визначений строк виконує дії для іншої особи під її керівництвом, за що отримує винагороду. При цьому, та обставина, що хтось працює неповний робочий час, не є достатньою підставою для того, щоб особа не підпадала під правовий статус працівника.

Особливістю правової системи ЄС у питанні визначенні терміну “працівник” є те, що суд ЄС не має єдиного уніфікованого визначення. Саме тому в інших галузях права, наприклад, для соціального права, цей же термін має інше значення<sup>3</sup>.

Необхідність такої гнучкості у міжнародно-правовому регулюванні може бути пояснена (1) традиціями методології правового регулювання міжнародних

<sup>1</sup> Каримова Р. А., Саликова Н. М. Понятие “творческие работники”: проблемные вопросы / Р. А. Каримова, Н. М. Саликова // Вестник Пермского университета. – Серия: Юридические науки. – № 1(7). – Пермь : Издательство Пермского университета. – 2010. – С. 142-146. – С. 143.

<sup>2</sup> Бугров Л.Ю., Худякова С.С., Варламова Ю.В., Гонцов Н.И. Творчество и трудовое право/под ред. Л.Ю. Бугрова. – П.: Издательство Пермского университета. – 1995. – 132 с. – С.56.

<sup>3</sup> Постовалова Т.А. Трудовое и социальное право Европейского Союза: учебное пособие для студентов учреждений, обеспечивающих получение высшего образования/ Т.А. Постовалова; под редакцией Х. Херрманна, С.А. Балашенко, Т. Борича. – Минск: Зорны Верасок, 2010. – 219 с. – (Европейское экономическое право). - С. – 56-58.

відносин та врахуванням тієї обставини, що крім міжнародних норм, відносини завжди можуть бути деталізовані та уточнені національним законодавством кожної країни, яка ратифікувала той чи інший міжнародний акт (2) складністю чітко й однозначно визначити зміст творчої діяльності, яка складає зміст трудової функції творчого працівника.

2. Юридичне поняття “творчий працівник” ставить питання про методологію встановлення наявності/відсутності у особи відповідного правового статусу. В протилежному випадку гнучкість правового регулювання творчості може залишитися декларативним положенням, що позбавлене юридичного змісту, на шкоду працівнику.

У трудовому праві відомі наступні методологічні підходи до визначення наявності статусу творчого працівника.

**Перший методологічний підхід:** визначення “творчого працівника” на підставі прямої нормативної вказівки законодавства. Способами відображення даного підходу може бути як прямо передбачена норма в нормативно-правовому акті, так і встановлення загального переліку професій, які є за своїм змістом творчими.

Прикладом прояву першого способу визначення творчого працівника є положення статті 1 Закону України “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів”, де прямо зазначено, що журналіст – творчий працівник.

Прикладом прояву другого способу надання дефініції творчому працівнику може слугувати спосіб зазначення переліку об’єктів, що визнаються творами в цивільному праві, який не є вичерпним. При цьому власне визначення поняття “твору” в цивільному праві не надається.

**Другий методологічний підхід:** надати визначення “творчого працівника”, через надання його ознак, при відповідності яким працівник зможе отримати статус творчого, передбачивши при цьому чіткий механізм отримання такого статусу.

Наочним відображенням зазначеного підходу може бути: визнання роботодавцем працівника “творчим” у посадовій інструкції або на підставі змісту установчих документів підприємства, установи, організації (наприклад, статус члена творчої спілки підтверджує “творчий” статус працівника), проходження добровільної сертифікації та атестації за визначеними попередньо критеріями (на прикладі функціонування Єдиної системи оцінки творчих працівників)<sup>1</sup>.

На даний час питання встановлення правового статусу творчого працівника вирішується шляхом поєднання обох методологічних підходів одразу, що обумовлює випадкове та несистематичне застосування тих чи інших положень по

---

<sup>1</sup> Информационная справка о Единой системе оценки творческих работников. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://assessment-centre.ru/publ/o\\_sisteme/informacija/informacionnaja\\_spravka/19-1-0-2?IY2Dfr](http://assessment-centre.ru/publ/o_sisteme/informacija/informacionnaja_spravka/19-1-0-2?IY2Dfr).

відношенню до творчих працівників. Загальним результатом для всіх випадків такого застосування є те, що особа, яка фактично здійснює творчу діяльність, але не може підтвердити свій статус, позбавляється всіх гарантій, передбачених законодавством про працю.

**Катерина Бориченко,**  
аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
trudovoe\_pravo@ukr.net

## **ПОНЯТТЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ ЯК ВИДУ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ СІМЕЙ З ДІТЬМИ**

**З**доров'я, як показник фізичного, психічного та соціального благополуччя, є одним з найсуттєвіших факторів економічного, політичного, правового та культурного прогресу суспільства.

У той же час, погіршення таких показників стану здоров'я населення України, як народжуваність, материнська та дитяча смертність, кількість соціально-небезпечних хвороб, у тому числі і серед дитячого населення, потребує розробки комплексу заходів, спрямованих на їх подолання, у тому числі і правового характеру.

Особливе місце серед галузей охорони здоров'я посідає сфера медичної допомоги сім'ям з дітьми, що пов'язано з рівнем її значимості для розвитку суспільства, забезпечення інтересів кожної родини та держави в цілому.

У той же час створення ефективного механізму реалізації сім'ями з дітьми права на безоплатну медичну допомогу неможливе без теоретичного обґрунтування терміну “медична допомога сім'ям з дітьми”, що зумовлено тривалою відсутністю у законодавстві України визначення змісту поняття “медична допомога”, а також дефіцит його конкретизації щодо окремих суб'єктів.

Варто зазначити, що закріплення визначення поняття медичної допомоги на рівні закону, відбулося лише у 2011 р. з прийняттям Закону України “Про внесення змін до Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо удосконалення надання медичної допомоги”, відповідно до якого медичною допомогою є діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямована на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами.

Медична допомога була і залишається об'єктом уваги не лише законодавця, але й науковців у галузі цивільного, конституційного, адміністративного права, а також права соціального забезпечення. Визначенню змісту права на медичну допомогу та особливостей його реалізації присвячено дисертаційне дослідження О.О. Прасова, який медичну допомогу визначає як медичні послуги, що вклю-



чають в себе заходи, спрямовані на оздоровлення та лікування пацієнтів у стані, що на момент їх надання загрожує життю, здоров'ю і працездатності<sup>1</sup>.

У той же час, відповідно до ст. 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я, поняттям здоров'я охоплюється не лише відсутність хвороб і фізичних вад, а й стан повного фізичного, психічного і соціального благополуччя. У зв'язку з цим, навіть якщо метою медичної послуги є виключно косметологічна допомога, вона все одно буде охоплена поняттям медичної допомоги, оскільки у будь-якому випадку її метою є підтримання або відновлення певного стану здоров'я. У той же час, зміст медичної допомоги не вичерпується виключно наданням медичних послуг.

У зв'язку з цим, на нашу думку, інтерпретація поняття медичної допомоги через медичні послуги є необґрунтованою та звужує зміст даного явища.

Цікавим є визначення поняття медичної допомоги у юридичній енциклопедії за редакцією Ю.С. Шемшученка, відповідно до якого, це комплекс заходів медично-соціального характеру, що включає в себе профілактичну, лікувальну, діагностичну, реабілітаційну, протезно-ортопедичну і зубопротезну допомогу, а також догляд та обслуговування дітей, хворих та інвалідів<sup>2</sup>.

У той же час, відповідно до ч. 5 ст. 38 Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" з урахуванням медичних показань діти-інваліди мають право на безплатне забезпечення санаторно-курортними путівками, що можна вважати однією із форм лікувально-профілактичної допомоги, пов'язаної з використанням природних лікувальних факторів (мінеральні води, лікувальні грязі, сприятливий клімат тощо), які позитивно відображаються на стані здоров'я дитини-інваліда.

Таким чином, запропонована у юридичній енциклопедії дефініція поняття медичної допомоги, є неповною, оскільки не передбачає санаторно-курортного лікування в якості заходів, що здійснюються в її межах. У той же час, на нашу думку, при визначенні змісту даного поняття варто взагалі уникати конкретизації її напрямків, оскільки сучасний стан медичної науки характеризується бурхливим розвитком медичних технологій, спрямованих на покращення здоров'я населення, їх активним упровадженням, у зв'язку з чим можлива поява нових медичних заходів, спрямованих на відновлення або покращення здоров'я пацієнта, що потребуватиме внесення відповідних змін до законодавства.

Визначення поняття медична допомога сім'ям з дітьми неможливе без дослідження ознак даного виду соціального захисту.

По-перше, суб'єктами надання медичної допомоги є лікарі приватної практики, що отримали ліцензію відповідно до закону, а також заклади охорони

---

<sup>1</sup> Самофал М.М. Підстави виникнення правовідносин з надання медичних послуг / М.М. Самофал // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. - № 1 (13). – С. 153-161 – С. 155.

<sup>2</sup> Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: "Укр. енцикл.", 2001. – Т. 3: К - 792 с. – С. 607.

здоров'я незалежно від організаційно-правової форми та форми власності, що функціонують на основі професійної діяльності медичних працівників<sup>1</sup>.

Важливою ознакою даного виду соціального захисту сімей з дітьми є його комплексний характер. Так, медична допомога сім'ям, на утриманні та вихованні яких перебувають діти, може включати в себе медичну допомогу у сфері збереження та відновлення репродуктивного здоров'я шляхом підготовки жінки до материнства, здійснення комплексу заходів медичного характеру щодо охорони здоров'я матері та дитини під час вагітності, пологів та у післяпологовому періоді, діагностику спадкових захворювань і генну терапію, а також медичну допомогу дітям та їх батькам з метою підтримання та відновлення рівня їх здоров'я.

Однією з ознак медичної допомоги як виду соціального захисту сімей з дітьми є те, що право на її отримання у даного суб'єкта права соціального забезпечення виникає ще до моменту безпосереднього народження дитини. У такому випадку весь комплекс заходів у сфері охорони здоров'я спрямований на забезпечення нормального протікання вагітності, збереження здоров'я майбутньої матері та повноцінного розвитку дитини.

Таким чином, суб'єктом права на медичну допомогу як виду соціального захисту сімей з дітьми є сім'я (або окрема особа), яка потребує її у зв'язку з народженням та утриманням дитини. При цьому, в окремих випадках, для даного виду соціального захисту сімей з дітьми характерним є виникнення права на його отримання до моменту безпосереднього народження дитини.

З суб'єктом права на отримання медичної допомоги тісно пов'язані її обсяг та мета надання.

Відповідно до абзацу 3 частини 1 статті 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я метою надання медичної допомоги є профілактика, діагностика, лікування та реабілітація у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами.

У той же час, на нашу думку, визнання конкретних медичних заходів метою надання медичної допомоги є нелогічним та суперечить соціальному призначенню даного явища. Так, відповідно до ст. 36 Європейського кодексу соціального забезпечення (переглянутого) медична допомога спрямована на підтримання, відновлення чи поліпшення здоров'я захищеної особи та її спроможності працювати і задовольняти свої особисті потреби. Близькою за змістом є мета надання екстреної медичної допомоги, якою відповідно до ст. 35 Основ законодавства України про охорону здоров'я є врятування та збереження життя людини.

Таким чином, на нашу думку, метою надання медичної допомоги сім'ям з

---

<sup>1</sup> Лупина О.М. До питання про поняття медичної допомоги в системі соціального забезпечення фізичних осіб / О.М. Лупина // Форум права. – 2012. - №2. – С. 414-418. – С. 416.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

дітьми є підтримання, відновлення чи покращення здоров'я осіб, які мають або планують нащадків та безпосередньо дитини.

Таким чином, медична допомога як вид соціального захисту сімей з дітьми – це комплекс заходів, спрямованих на підтримання, відновлення та покращення здоров'я осіб, які мають або планують нащадків та безпосередньо дитини, з метою забезпечення потреби населення у збереженні та відновленні репродуктивного здоров'я шляхом створення умов особливого піклування та допомоги для вагітних та породіль, попередження та захисту дитини від спадкових хвороб, а також профілактики та лікування хворобливих станів дитини та членів її родини.

**Едуард Боиштяну**

доктор права, доцент, Бельцький Государственный Университет  
имени Алеку Руссо (Республика Молдова)  
eduardus@inbox.ru

**Юлія Друмя**

магістр права,  
Молдавский Государственный Университет (Республика Молдова)  
drumeaiulia@mail.ru

## **SOME LEGAL REFLECTIONS ON SOCIAL PARTNERSHIP IN THE FIELD OF LABOUR AS A MEANS OF ACHIEVING SOCIAL PEACE / Про деякі правові аспекти системи соціального партнерства у сфері праці як засіб досягнення соціального миру**

*В настоящей статье авторы отталкиваются от ключевого тезиса о взаимосвязи социального партнерства и социального мира. Также определяется правовая сущность понятия „социальный мир”, который, по мнению большинства исследователей в области трудового права, рассматривается в качестве краеугольного камня устойчивого социально-экономического развития с сохранением механизмов правового государства. Кроме того, рассматриваются основные компоненты обязательства о социальном мире, его источники и правовые последствия нарушения указанного обязательства.*

Essentially, social partnership in the field of labour and other legal institutions of collective labour law are meant to ensure social peace premises. Thus, the state of social peace is a result of the dialogue between the social partners, of social partnership, as provided in art. 4 of the Law No. 245/2006 „On the organization and functioning of the National committee for consultations and collective bargaining, of committees for consultations and collective bargaining at sectoral and territorial levels”<sup>1</sup>: „The objectives of the National Committee, of the sectoral and territorial committees are:

---

<sup>1</sup> The Official Monitor of the Republic of Moldova No. 142-145 of 08.09.2006.

[...] b) maintaining cohesion, peace and social stability on the territory of the Republic of Moldova (evid. ns. - EB, ID) [...]”.

We concur with the view of Raluca Dimitriu<sup>1</sup>, who states that social peace is a goal that does not entail impairing employees’ right to strike or to any other legal form of protest, but it presumes that the third parties (consumers, customers, the community as a whole) are not interested in collective actions such as strikes.

The specialized legal literature constantly highlights the positive role and the particular significance of social peace in ensuring sustainable development of the society. Thus, it was mentioned that „social dialogue and social peace are not objectives in themselves. In fact, their existence contributes to sustainable economic development and ensuring a decent living for the citizens”<sup>2</sup>. At the same time, social peace is seen as a foundation for sustainable socio-economic development, with the preservation of the mechanisms of the state of law<sup>3</sup>.

Also, it is worth considering the point of view of the Romanian author Georgeta Codreanu, according to which social peace is a goal that conceptually includes two components: social dialogue and the conflict between the social partners. In the view of the aforementioned author, social peace does not exclude contradictions, even the conflict between the social partners, but it implies the amicable settlement of the dispute, through means specific to social dialogue<sup>4</sup>.

The Moldovan legislator has regulated a number of aspects of social partnership and collective bargaining aimed at ensuring conditions for the establishment and maintenance of social peace: a) solving the conflict occurring between the normative acts and acts of social partnership (collective contract and collective convention) through art. 12 of the Labour Code of the Republic of Moldova (hereinafter – *LC of RM*)<sup>5</sup>; b) regulating the conditions of social partners representativeness (especially of trade unions) in collective bargaining at the national, sectoral or territorial level (art. 27 para. (4) of the LC of RM); c) extension of the legal effects of collective contracts on all employees as opposed to *erga omnes* principle (art. 33 para. (7) of the LC of RM).

The source of social peace obligation may have a contractual or legal nature. Thus, the obligation of social peace has a legal character in those legal systems where the law prohibits strikes while the collective labour contract is in effect, regardless of the fact that the parties have included or not an obligation of social peace in it. We note, in this regard, that the Romanian legislation, especially art.164 of the Law No. 62/2011 on Social dialogue provides that during the validity of a contract or collective labour

---

<sup>1</sup> Raluca Dimitriu, *O perspectivă asupra dreptului colectiv al muncii/ A perspective on collective labor law*. In: Romanian Journal of Labour Law No. 7/2010, p. 11.

<sup>2</sup> Ion Traian Stefanescu, *Tratat de dreptul muncii/Treaty of Labour Law*, Bucharest, Wolters Kluwer, 2007, p. 82.

<sup>3</sup> Constantin Elisei, *Solutionarea conflictelor colective de muncă prin conciliere/ Resolution of collective labor disputes through conciliation*. In: Law No. 3/2002, p. 57.

<sup>4</sup> Georgeta Codreanu, *Dialogul social și pacea sociala/Social dialogue and social peace*, Bucharest, Tribuna Economica, 2007, p. 18.

<sup>5</sup> The Official Monitor of the Republic of Moldova No. 159-162 of 29.07.2003.

agreement, employees cannot initiate a collective labor conflict. In other words, as long as the collective agreement is in effect, social peace is mandatory.

The obligation of social peace may have a contractual source whenever the social partners are those who agree upon this, and can be<sup>1</sup>: *implicit*, when the jurisprudence has enshrined that it results automatically from the collective agreement concluded between the parties, on the basis of *pacta sunt servanda* principle (in the German system of law); *mandatorily express* (in order to produce effects) in systems of law in which the strike can be initiated at any time, including when the collective labour contract is in effect (for example, in the Belgian system).

Pursuant to art. 31 para. (2) let. m) of the LC of RM, the collective labour contract may provide for the mutual commitment of employees and employer to waive the right to strike in case of fulfilling all the clauses of the collective labour contract. Thus, in the Moldovan legal system, the obligation of social peace has a contractual source having the character of the so-called *no-strike clause* and it can be inserted, as a result of social partners' agreement, in the collective labour contract.

Making a comparative study of the laws relating to collective labour contracts, we noticed that the *no-strike clause* may be inserted into a legally binding agreement or, most often, it is contained in an agreement (e.g. a protocol), predominantly a moral one, generating a natural obligation not sanctioned by law. „This means that, even if such a protocol has been signed, any strike will not be illegal, but it will be affected by the lack of popularity, spoiling the image of the union that organized it, creating an unfavorable precedent for future negotiations etc. It is what is called “soft law”, including agreements between the social partners that are not legally binding but are observed due to good relations between the parties”<sup>2</sup>.

Thus, the UK law provides that social peace agreements are considered as *soft law* only in the absence of a contrary stipulation in the contract. Moreover, as we shall see, collective labour agreements under the English legislation have an exclusively moral influence. This conclusion is reinforced by the provisions of the *Consolidated Law on trade unions and labor relations* from 1992, through which a relative presumption was established: the collective labour agreements are not binding unless the contracting parties have provided otherwise<sup>3</sup>.

On the other hand, there are systems of law, such as the French system, in which the social peace clause can not produce legal effects even if the parties agreed upon this. Due to the fact that the employees' right to strike is enshrined in the French Constitution, waiving such a right, operated either by signing a social peace agreement, or by negotiating and signing a collective agreement, is deemed void<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Raluca Dimitriu, *Legea privind solutionarea conflictelor de munca. Comentarii si explicatii/ Law on the settlement of labor disputes. Comments and explanations*, Bucharest, C.H. Beck, 2007, p. 17.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Лютов Н.Л. *Коллективное трудовое право Великобритании/Collective labour law of Great Britain*. – Moscow: Wolters Kluwer, 2009, p. 67-68.

<sup>4</sup> Raluca Dimitriu, *op. cit.*, 2007, p. 17-18.

In the view of the Romanian author Raluca Dumitriu, the obligation of social peace includes two components<sup>1</sup>: 1) a negative obligation, assumed by the social partners, not to organize strikes (including lock-outs in the systems of law that allow them) while the collective agreement is in effect; 2) a positive obligation allowing social partners to apply disciplinary sanctions to members that still engage in such events.

We concur with the point of view formulated in the specialized literature<sup>2</sup>, which suggests that the obligation of social peace is more onerous for employees than for employers, forbidding the former to initiate a strike while the collective agreement is in effect, which is a social restriction that can be recognized as exaggerated and in discordance with the recognition of the right to strike as a fundamental right of employees.

The non-observance of social peace obligation and strike initiation produce different effects depending on whether such an obligation has a legal or contractual source. If the source has a legal nature, the breach of social peace obligation entails the illegality of the strike. For example, in Germany, the Nordic countries, the Netherlands, Israel the strike is illegal if it violates the obligation of social peace.

But if the source is contractual, the strike may be recognized as legal and therefore the striking employees shall not be sanctioned, but the employer shall be entitled to a compensation for the breach of social peace clause<sup>3</sup>.

Considering the aforementioned findings, we can conclude that social partnership is one of the main ways of solving the crisis in the social sphere in case of failure of the mechanisms of conciliation and consensus building among the parties involved in the dialogue.

At the same time, it must be noted that in the Republic of Moldova, social partnership is a concrete way of achieving economic and social democracy, integrated into the overall political democracy.

**Олена Бусол,**

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу кримінального права,  
кримінології та судоустрою  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
helenlapa@meta.ua

## **ТЕРМІНОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ “ПРОТИДІЯ КОРУПЦІЙНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ”**

**Р**ізноманітність підходів до визначення також поняття “протидія корупційній злочинності” є однією з проблем, пов’язаних із дослідженням явища ко-

---

<sup>1</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>2</sup> *Apud*: Romulus Gidro, *Dreptul muncii/Labour Law*, Bucharest, Universul Juridic, 2013, p. 307.

<sup>3</sup> Raluca Dimitriu, *op. cit.*, 2010, p. 13.

рупції. При цьому неможливо дати загальне визначення протидії корупції для усіх галузей науки, тому що у термін “протидія корупційній злочинності” вчені вкладають різний зміст – від боротьби спеціально уповноважених суб’єктів з цим явищем до заходів, які вживає суспільство для запобігання небезпечних дій, які не містять конкретних ознак злочину. Серед науковців існує тенденція вживати терміни “протидія”, “боротьба”, “запобігання”, “подолання”, “викорінення”, “профілактика”, і, навіть, “контроль” за злочинністю тощо при дослідженні будь-яких аспектів корупції, не вдаючись до їх змістовного значення. Проте, чіткість термінології обумовлює чіткість у формулюванні завдань та конкретному вирішенні проблеми корупційної злочинності. Щодо понятійного апарату, який використовується для визначення форм і способів діяльності суспільства і держави з подолання корупції, то ми спираємось на термін “протидія” корупційній злочинності як більш загальний. Так, Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає “протидію” як дію, що спрямована проти іншої дії, перешкоджає їй. У свою чергу, протидіяти – означає суперечити, йти проти, всупереч, заважати та намагатися знищити іншу дію<sup>1</sup>; спрямовувати дію проти кого-, чого-небудь, діяти всупереч комусь, чомусь<sup>2</sup>.

На нашу думку, термін “боротьба з корупцією” має застосовуватися при проведенні активних заходів правоохоронними органами. Так, ми згодні з Н.С.Карповим, який вважає що термін “боротьба зі злочинністю” передбачає активність діяльності з впливу на неї<sup>3</sup>. Слушною є позиція В.Ф. Щербакова, який вважає, що термін “протидія злочинності” більш точно відображає діяльність державних органів у цьому напрямі, оскільки охоплює діяльність органів державної влади з формування та застосування правових норм не тільки матеріального, процесуального й виконавчого кримінального права, але й інших правових норм, що регулюють відносини у сфері економічної діяльності, розроблення та здійснення заходів щодо дотримання законодавства, запобіжних заходів, у тому числі загально-соціального характеру, на відомчому рівні тощо<sup>4</sup>. М. І. Мельник обґрунтовує доцільність позначення соціальної діяльності, спрямованої проти корупції, терміном “протидія корупції”, а не терміном “боротьба з корупцією”. За цільовою спрямованістю протидія корупції розглядається ним у широкому та вузькому розумінні. На думку вченого, “у широкому розумінні протидія корупції – це будь-яка діяльність у сфері соціального управління, яка,

<sup>1</sup> *Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2002. – С. 992.*

<sup>2</sup> *Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка : [в 4 т.] / Даль В.И. – М., 1990. –Т. 3. – С. 520.*

<sup>3</sup> *Карпов Н. С. Криміналістичні засади вивчення злочинної діяльності : [монографія] / Карпов Н. С. – К. : Київський національний університет внутрішніх справ, 2007. – С. 40.*

<sup>4</sup> *Щербаков В. Ф. Государственная политика противодействия преступности в сфере экономики: понятие и существенная характеристика / В. Ф. Щербаков // “Черные дыры” в Российском Законодательстве. Юридический журнал. – М. : “1с: Компьютерный Аудит”, 2005. – № 4. – С. 151–158.*

не переслідуючи спеціальної мети, сприяє зменшенню можливостей для корумпування суспільних відносин, зокрема шляхом забезпечення верховенства права, реалізації інших принципів права, розвитку демократичного суспільства та утвердження правової держави. У вузькому розумінні протидія корупції є системі заходів політичного, правового, організаційно-управлінського, ідеологічного, соціально-психологічного та іншого характеру...”<sup>1</sup>. Між тим, сумнівним уявляється твердження М. І. Мельника, що протидія корупції не переслідуючи спеціальної мети, навіть у широкому розумінні такої протидії. До того ж, на нашу думку, протидія корупції не тільки сприяє зменшенню можливостей для корумпування суспільних відносин, але й забезпечує умови для унеможливлення вчинення корупційних злочинів. У свою чергу, створення таких умов відбувається все ж саме за умов здійснення певної активності. На перший погляд, ця активність може бути охарактеризована як “боротьба”. Український кримінолог А. Закалюк вважає, що поняття “боротьба” і “протидія” належать до класу узагальнених, які відтворюють загальну сутність, що полягає у чиненні супротиву. Вчений стверджує, що термін “протидія” може бути використаний для відтворення загального впливу на злочинність, але він лише однобічно (“супротив”) відображає останній і не містить однозначного відображення поняття запобігання злочинності, тобто не може вживатися як такий, що за сутністю тотожний поняттю “запобігання”, навіть коли він вживається у широкому значенні”<sup>2</sup>. Російський вчений С. В. Плохов теж справедливо зазначає, що термін “протидія” ширше категорії “боротьба” й охоплює закріпленій у федеральному законі “Про протидію корупції” механізм, що є системою заходів, яка складається з таких трьох елементів: щодо виявлення та усунення причин і умов, які сприяють відповідній загрози (профілактика в широкому розумінні); щодо виявлення, припинення, розкриття і розслідування конкретних злочинів, які виступають своєрідним ядром вказаної загрози (боротьба); щодо мінімізації та (або) ліквідації її наслідків<sup>3</sup>. Т. В. Пінкевич, говорячи про економічну злочинність, розглядає “протидію” і “попередження” у такому співвідношенні: концептуальні основи протидії економічній злочинності припускають виділення пріоритетних напрямів попередження, відповідно до їх структури та тенденцій, причинного комплексу, а також безпеки наслідків<sup>4</sup>. М. А. Погорельський про-

<sup>1</sup> Мельник М. І. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.08 “Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право” / М. І. Мельник. — К., 2002. — С. 14.

<sup>2</sup> Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : [у 3 кн.] / А. П. Закалюк. — К. : Видавничий Дім “Ін Юре”, 2007. — Кн.1 : Теоретичні засади та історія кримінологічної науки. — С. 321, 322.

<sup>3</sup> Плохов С. В. Противодействие коррупционной преступности в социальной сфере (на примере здравоохранения и образования Волгоградской и Саратовской областей) : автореф. дис. на соискание научн. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 “Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право” / С. В. Плохов. — Саратов, 2013. — С. 25.

<sup>4</sup> Пинкевич Т. В. Криминологические и уголовно-правовые основы борьбы с экономи-



понує використовувати терміни “боротьба з корупцією” і “боротьба зі злочинністю” залежно від їх змістовного значення<sup>1</sup>. Частково правий, на нашу думку, Ю. В. Тунцевський, який вважає, що “боротьба” як діяльність можлива тільки з боку державних органів, наділених правоохоронними функціями. Вчений зазначає, що термін “протидія” щодо злочинності застосовується в міжнародних угодах універсального характеру<sup>2</sup>. Однак, зауважимо, що в таких документах не дається визначення “протидії”. Наприклад, у ч. 2—4 ст. 5 Конвенції Організації Об’єднаних Націй проти корупції<sup>3</sup> вживається як термін “запобігання”, так і “боротьба” і “протидія” корупції, але в тексті самого документа немає тлумачення цих термінів. Розглянувши думки вчених щодо вживання терміна та визначень поняття “протидія корупції”, доходимо висновку, що такі заходи, як “виявлення, припинення та розслідування проявів корупції, притягнення винних у вчиненні корупційних злочинів осіб до кримінальної відповідальності, поновлення законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, усунення наслідків корупційних діянь” є заходами саме з боротьби, а не протидії корупції, тому не можна їх застосовувати при розкритті змісту поняття “протидія корупції”. У Законі України “Про засади запобігання і протидії корупції”<sup>4</sup> також немає визначення терміна “протидія корупції” тому вважаємо за доцільне внести його до ст. 1 цього Закону як “система правових, організаційних, соціальних, ідеологічних, психологічних заходів, які проводяться як на державному, так і на локальному рівні, комплексно або окремо, з метою мінімізації небезпечного впливу корупційних проявів з боку суб’єктів корупційних правопорушень на розвиток демократичного суспільства”. Таким чином, до “протидії корупції” належать заходи, які проводять усі члени суспільства – особи без громадянства, громадяни, іноземні громадяни, які проживають на території держави, що зацікавлені в мінімізації корупції, усуненні або нейтралізації її причин та умов, державні службовці, політики, працівники судових та правоохоронних органів, засоби масової інформації, партії, громадські організації, фонди тощо. У даному контексті суб’єктами протидії корупції є суспільство в особі його інститутів, усі фізичні та юридичні особи.

---

ческою преступностью : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08 / Пинкевич Татьяна Валентиновна. – М., 2002. – С. 236.

<sup>1</sup> *Погорецький М.* Взаємовідносини держави, суспільства і злочинності : боротьба чи протидія? / М. Погорецький, В. Шеломенцев // Вісник прокуратури. – 2010. – №9 (111). – С. 36–42.

<sup>2</sup> *Тунцевський Ю.В.* Защита авторського права і смежних прав в аудиовізуальній сфері (уголовно-правовые і кримінологічний аспекти) : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08 / Тунцевський Юрій Владимирович. – М., 2003. – С. 202, 203.

<sup>3</sup> *Конвенція Організації Об’єднаних Націй проти корупції* : міжнародний документ від 31 жовтня 2003 р. (ратифіковано із заявами Законів України від 18 жовт. 2006 р. №251-V // Відомості Верховної Ради України. –2007. –№49.

<sup>4</sup> *Про засади запобігання і протидії корупції* : Закон України від 7 квіт. 2011 р. №3206-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – №44. – Ст. 21.

З вищезазначених причин ми не погоджуємося із назвою Проекту основного антикорупційного закону (схвалений 22 серпня 2014 р. КМУ) – “Про запобігання корупції”. Поняття “запобігання” словник української мови<sup>1</sup> тлумачить як “не допускати, заздалегідь відвертати що-небудь неприємне, небажане”. У кримінології “запобігання злочинності” – це сукупність різноманітних видів діяльності і заходів у державі, спрямованих на вдосконалення суспільних відносин з метою усунення негативних явищ та процесів, що породжують злочинність або сприяють їй, а також недопущення вчинення злочинів на різних стадіях злочинної поведінки. Таким чином, назва згаданого Проекту закону фактично є констатацією заперечення існування корупційної злочинності в Україні. Отже, не допустити або заздалегідь відвернути корупційну злочинність, зокрема в українському суспільстві, не можна, бо вона об’єктивно існує, а тому більш доречним вважаємо при визначенні суспільних відносин, метою яких є мінімізація рівня корупційної злочинності, застосовувати термін “протидія”. Узагальнюючи вищесказане, сформулюємо визначення “протидії корупційній злочинності” – це діяльність, яку здійснює суспільство в особі його інститутів, окремих фізичних та юридичних осіб з власної ініціативи або згідно своїх обов’язків з виконання державних функцій, з метою мінімізації ризиків вчинення корупційних злочинів і впливу відповідних криміногенних чинників на розвиток правової демократичної держави.

**Вячеслав Васецький,**

к.ю.н., науковий співробітник відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корещього НАН України  
svasets@gmail.com

## **ПРАВОВІ ТА ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ІДЕОЛОГІЇ НА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ПРАВОВОМУ ПРОСТОРІ В ЕПОХУ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ**

У 476 р. припинила існування Римська імперія. Відтоді у світовій історії розпочався новий етап, відомий під назвою “темне середньовіччя”. Досліджуючи цей етап в історико-правовому аспекті, варто наголосити на тому, що період Середньовіччя характеризується новими процесами, які поглинули тогочасне суспільство та спричинили стагнаційні явища. Характерним є те, що ця стагнація стосувалася всіх сфер суспільного життя (політики, економіки, права, культури). Суттєві зміни торкнулися й сфери правової ідеології<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 13. *Словник української мови*. Академічний тлумачний словник (1970–1980) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/zapobighaty>.

<sup>2</sup> Васецький В. Ю. Принцип рівності у праві: історичний аспект / В. Ю. Васецький // Принцип рівності у праві: теорія і практика. – К. : Вид-во “Юридична думка”, 2014. – С. 24.

Проте помилковим є судження про те, що разом із Римом упав увесь Стародавній світ, перерозподілом якого, як пише М. В. Гоголь, зайнялися середньовічні дикуни. Дійсно, увесь Античний світ увійшов у цю поворотну епоху, однак у результаті навали германців в 476 р. впала лише Західна Римська імперія. Східна Візантія, яка отримала свою назву ім'ям давньогрецької колонії, на місці якої був заснований Константинополь, продовжувала існувати в могутності і славі, простираючись на значні території, у які увійшли Балкани, Мала Азія, Сирія, Єгипет, а також деякі південні області сучасної України<sup>1</sup>. На середину та II пол. IX ст. припадає економічне відродження візантійського міста, з цим розвитком пов'язаний і розвиток правової системи імперії. Із вищезазначеними процесами відбувається вдосконалення правової активності у тогочасному світі. У 50-ті роки IX ст. виникає школа кесаря Варди, яка позиціонує себе як спосіб подолання культурного, а також і правового застою в імперії. Крім того, відбувається “оживлення” інтересу до вчень, які існували в попередній античний період. Триває так званий візантійський “ренесанс”.

Візантійська література II пол. IX-X ст. має безсумнівно більшу можливість дослідження джерел, які дійшли до нас з часів Античності. Саме тоді виникають “Вчительські глави” Василя (867-886), епітафія Льва VI (886-912) на смерть Василя I, життєпис Василя I, складаний Константином VII (913-959). Водночас існує можливість здійснити такий аналіз на фоні відповідних матеріалів юридичної літератури (“Ісагоги”). Важливим є також можливість досліджень “Тактики” Льва VI. Варто додати і те, що ідейний спадок Василя I, Льва VI, Константина VII, приводить до проблеми спадковості та послідовності в еволюції правової ідеології, яка формувалася під час правління візантійських імператорів<sup>2</sup>.

Розгляд візантійської правової ідеології свідчить, у першу чергу, про теократичні уявлення походження імператорської влади. Це положення залишалось непорушним протягом усього періоду існування держави. Появу релігійної (на той час конфесійної) концепції імператора відбили навіть у традиційних сюжетах.

Сакральний варіант імператорської ідеї висував на передній план благочестя імператора. Хронологічно процес формування (благочестя) відбувався протягом VII ст. – кінця XI ст., та тривав до моменту падіння імперії та Константинополя від навали турків-османів 1453 р. Проте у середині IX ст. проблематика релігійного впливу звужується у Фотія до конфесійного поділу – у державі з'являються конфесії. Благочестя уже не відіграє провідну роль в уявленні про ідеальну державну владу.

Чимала роль у візантійській політико-правовій свідомості належала прологовості. Саме вона (прологовість), у поєднанні з особистою військовою до-

<sup>1</sup> Любимов Л. Искусство Древней Руси / Лев Любимов. – М. : Просвещение, 1981. – С. 46.

<sup>2</sup> Чичуров И. С. Политическая идеология средневековья (Византия и Русь) / И. С. Чичуров – М. : Наука, 1991. – С. 153.

блестю, ставала чи не єдиним способом досягнення привілей від держави. Уявлення про шляхетність знатного походження за візантійськими принципами активно обговорювалась і на Русі<sup>1</sup>.

У VIII - IX ст. в Європі відбувається так зване “Каролінгське відродження”, значення якого у новий час значно перебільшувалося буржуазною історіографією. Це відродження викликано необхідністю мати в імперії Карла Великого освічених слуг короля (суддів, писарів, секретарів). Крім того, церква та держава мали потреби в духовництві, яке шляхом здійснення своїх проповідей мало впливати на народні маси, виховувати їх у дусі покірності державі і церкві. До свого двору імператор запросив видатних учених з різних країн, таких, наприклад, як Павел Діакон з Італії, Теодульф вчений, який мав готське походження і раніше мешкав в Іспанії. Найбільшим досягненням Карла був збір античних рукописів, які переписувались в спеціальних майстернях-скрипторіях, де манускрипти виготовлялись особливим чином характерним лише для імперії Карла.

Тимчасове піднесення феодално-церковної правової думки спостерігалось і в англосаксонській державі у IX ст., тобто в період правління короля Альфреда (871-900). Англійське духовництво розпочало переписування текстів священного писання, так званих “батьків церкви”, а іноді й античних авторів. Суть цього перепису полягала в тому, що до текстів, що переписувалися, додавали доповнення та перекази. Під час правління короля Альфреда було зібрано давні закони англосаксів (“Правди”) Кента, Уессекса та Мерсії і до них додалися пізніші закони “Правди Альфреда”<sup>2</sup>. Цінність зазначених документів полягає в тому, що вони містили у собі правовий досвід іноземних держав, зокрема розповіді данського мандрівника Отгера, який об’їхав береги Норвегії і дійшов до берегів Білого моря, а також англійця Улфстана, який пройшов береги усього Балтійського моря та занотував побут естів. Новаторством середньовічної правової ідеології було те, що під час середньовіччя частково покращилося правове становище рабів, чого не існувало в часи Античності.

У загальній системі джерел права правова ідеологія як неформальне джерело права реально існує і фактично впливає на право. У Європі XIII – XVIII ст. тривають процеси, пов’язані з рецепцією римського права та розробкою основних правових ідей в університетах, правова ідеологія була основним джерелом права на європейському правовому просторі. Праці п’ятох найвидатніших юристів: Ульпіана, Папініана, Гая, Павла та Модестіна були джерелом права в період Середньовіччя і Відродження в континентальній Європі.

Завдяки діяльності університетів Середньовіччя на базі Зводу законів Юстиніана була створена університетська доктрина права, а з нею і відповідна пра-

<sup>1</sup> Чичуров И. С. Политическая идеология средневековья (Византия и Русь) / И. С. Чичуров – М. : Наука, 1991. – С. 153.

<sup>2</sup> Кириллова А. А. Средневековая культура и идеология / А. А. Кириллова // История средних веков. – М. : Просвещение, 1986. – С. 346.

восвідомість, яка є певним історичним етапом становлення, зокрема, романо-германської правової системи.

Незважаючи на стагнаційні явища періоду Середньовіччя, які торкнулися і сфери правової ідеології, на наш погляд, розглянутий етап розвитку правосвідомості є одночасно і одним із найбільш динамічних етапів. Авторитет ідеологічно-правової традиції є підставою для розвитку права і в сучасний період. Історичні паралелі свідчать про важливість правосвідомості на кожному історичному етапі розвитку людства, про закріплення з часом на правовому рівні основних ідеологічних положень. У сучасному світі роль правової ідеології зростає у зв'язку з розвитком процесів глобалізації та розробкою новітніх ідеолого-правових концепцій правових системах Світу.

З вищесказаного робимо висновки:

1. Після падіння Римської імперії спостерігаються не тільки стагнаційні явища, а й має місце певний “ренесанс” протягом різних періодів епохи Середньовіччя, зокрема “візантійський”, “каролінгський”, “альфредівський” та ін.

2. Як в період Середньовіччя, так і наступні часи, на нашу думку, були задіяні всі історико-правові принципи розвитку Світу, зокрема, ідеологічні положення, які існували в державних інституціях в попередні періоди їх існування, що стало поштовхом для розвитку правової ідеології як елементу правової системи.

**Марія Ващишин,**

к.ю.н., доцент кафедри трудового, аграрного та екологічного права  
Львівського національного університету імені Івана Франка  
ardefak@mail.ru

## **ТЕРМІНОЛОГІЧНІ РОЗБІЖНОСТІ У ПЕРЕЛІКУ СТРУКТУРНИХ ЕЛЕМЕНТІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ МЕРЕЖІ**

**Н**овим напрямком розвитку еколого-правової науки є дослідження проблем правового регулювання формування та функціонування екологічної мережі. Національна екомережа як сучасна форма комплексного збереження довкілля має неоднорідну структуру, розгалужена по всій території України і пов'язана із Всеєвропейською екомережею спільними транскордонними природними елементами та спільною стратегічною метою.

Всеєвропейською стратегією збереження біологічного та ландшафтного різноманіття, відповідно до рекомендацій якої й формується в Україні національна екологічна мережа, передбачено розбудову Всеєвропейської екомережі як фізичної (на місцевості) мережі ключових територій (core areas), з'єднаних природними коридорами (korridors) та підтримуваних буферними зонами (buffer zones).

Законодавчою основою організації національної екологічної мережі в Укра-

її є Загальнодержавна програма формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки, затверджена Законом України від 21 вересня 2000 р., а також Закон України “Про екологічну мережу України” від 24 червня 2004 р. Однак ці закони по-різному визначають переліки і назви структурних елементів національної екологічної мережі, що створює темпоральну правову колізію. За правилом *lex posterior derogate priori* – вирішення правових колізій за правилом “новішого акта”, коли наступний закон з того ж питання скасовує дію попередніх, повинен застосовуватися закон “Про екологічну мережу України” від 24 червня 2004 р. Проте запропонований цим законом перелік структурних елементів екологічної мережі має низку термінологічних недоліків.

Так, законом 2000 року передбачено три структурних елементи національної екологічної мережі: природні регіони, природні коридори і буферні зони, натомість наступним законом 2004 року вже запроваджено інший, дещо видозмінений перелік структурних елементів національної екомережі: ключові, сполучні та буферні території, а також доповнено її структуру ще одним елементом – відновлюваними територіями.

*Природний регіон* – це природно-територіальне утворення значної площі, що характеризується типовими та унікальними природними комплексами, різноманітним рослинним і тваринним світом, і яке виконує регіональну екостабілізуючу роль. Природний регіон є основним структурним елементом екологічної мережі.

Зважаючи на те, що природні регіони покликані забезпечувати збереження ландшафтного та біологічного різноманіття і охоплюють, насамперед, території, що є середовищем існування рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів рослин і тварин, то до складу природних регіонів необхідно відносити земельні ділянки, на яких зростають природні рослинні угруповання, занесені до Зеленої книги України і які є місцем перебування чи зростання видів тварин і рослин, занесених до Червоної книги України. Крім того, до природних регіонів належать Карпати, Кримські гори, Донецький кряж, Приазовська і Подільська височини, Полісся, прибережно – морські смуги і континентальний шельф.

*Ключові території* забезпечують збереження найбільш цінних і типових для даного регіону компонентів ландшафтного та біотичного різноманіття, включають середовища існування рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення видів тварин і рослин. Переважно мають у своєму складі території та об’єкти природно-заповідного фонду, відсоток яких значно перевищує аналогічний в цілому по країні, а також інші території, що відповідають умовам, визначеним національним природоохоронним законодавством або міжнародними нормативно-правовими актами (конвенціями, угодами, договорами тощо).

Відповідно до статті 16 Закону України “Про екологічну мережу України” перелік ключових територій екомережі включає території та об’єкти природно-

заповідного фонду, водно-болотні угіддя міжнародного значення, інші території, у межах яких збереглися найбільш цінні природні комплекси.

*Природний коридор* – це природна або приведена до природного стану ділянка землі чи водної поверхні, яка забезпечує для природного середовища умови безперервності, системної єдності та функції біокомунікації. Природні коридори формуються ділянками природних ландшафтів витягнутої конфігурації, різної ширини, протяжності, форми і з'єднують між собою природні регіони. Вони мають забезпечувати відповідні умови збереження видів дикої фауни та флори.

Перелік *сполучних територій* екомережі включає території, що забезпечують зв'язки між ключовими територіями, забезпечують міграцію тварин, обмін генетичного матеріалу та цілісність екомережі. Сполучні території можуть мати самостійне значення для збереження біо- та ландшафтного різноманіття.

Відповідно до п.7 Загальнодержавної програми формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки основними комунікаційними елементами національної екологічної мережі, а саме – широтними природними коридорами, що забезпечують природні зв'язки зонального характеру, є Поліський (лісовий), Галицько-Слобожанський (лісостеповий), Південноукраїнський (степовий), а також меридіональні природні коридори, просторово обмежені долинами великих річок - Дніпра, Дунаю, Дністра, Західного Бугу, Південного Бугу, Сіверського Дінця, які об'єднують водні та заплавні ландшафти – шляхи міграції численних видів рослин і тварин. Окремий природний коридор, що має міжнародне значення, формує ланцюг прибережно-морських ландшафтів Азовського і Чорного морів, який оточує територію України з півдня.

*Буферні зони* створюються для захисту природних регіонів і природних коридорів від негативної дії зовнішніх чинників, забезпечення дотримання в їх межах більш сприятливих умов для розвитку і самовідновлення та оптимізації форм господарювання з метою збереження існуючих і відтворення втрачених природних цінностей.

*Буферна зона* - це місцевість з природним або частково зміненим станом ландшафту, що оточує найбільш цінні ділянки екологічної мережі та захищає їх від дії зовнішніх негативних факторів природного чи антропогенного походження. Буферні зони не становлять особливої екологічної цінності, вони виконують, насамперед, господарські функції, однак у складі екологічної мережі відіграють захисну роль.

*Буферні території* забезпечують захист ключових та сполучних територій від антропогенного впливу. До буферних територій необхідно відносити водоохоронні зони, прибережні захисні смуги, смуги відведення, берегові смуги водних шляхів і зони санітарної охорони, що утворюють відповідні басейнові системи, а також полезахисні лісові смуги, які захищають ділянки степової рослинності, луки і пасовища, сільськогосподарські угіддя екстенсивного використання.

*Відновлювані території* забезпечують формування просторової цілісності екомережі і є територіями, для яких мають бути виконані першочергові заходи щодо відтворення первинного природного стану. Відновлювані території – це порушені землі, деградовані і малопродуктивні землі та землі, що зазнали впливу негативних процесів та стихійних явищ, інші території, важливі з точки зору формування просторової цілісності екомережі. Видається, що саме така ознака, як важливість з точки зору формування просторової цілісності екомережі повинна стати визначальною при прийнятті рішення про включення конкретної земельної ділянки до складу екомережі, а не її пошкоджений стан.

На нашу думку, доповнення переліку структурних елементів національної екологічної мережі відновлюваними територіями зовсім не відповідає характеру і меті функціонування екомережі. Адже не можуть сприяти збереженню ландшафтного та біологічного різноманіття землі, що зазнали впливу негативних процесів та стихійних явищ, зокрема радіаційно забруднені та радіаційно небезпечні землі. Для відновлення порушеного стану земельних ділянок варто вживати заходів, передбачених законодавством про охорону земель, а не про екологічну мережу.

У Законі України “Про екологічну мережу України” всі структурні елементи національної екологічної мережі мають однакову родову назву – території, що певною мірою нівелює їхні природні відмінності, а також потребує чіткого визначення їхніх меж в природі (на місцевості), що не завжди є доцільним через притаманні їм географічні особливості, а не тільки просторові межі цих структурних елементів екомережі.

Згідно із Загальнодержавною програмою формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки назви структурних елементів національної екомережі відображають їх функціональні характеристики і екологічні “виміри”: *природні регіони* (ядра екомережі, що виконують регіональну екостабілізуючу роль), *природні коридори* (біокомунікаційні елементи екомережі, що сприяють вільній природній міграції, а не лише сполучають між собою ключові території), *буферні зони* (оточуючі охоронні смуги, зовнішні межі яких збігаються із кордонами екомережі). Такі назви вказують на виключно природне, а не антропогенне походження і екологічну цінність перших двох структурних елементів екологічної мережі.

Задля усунення суперечностей між базовими законами про національну екологічну мережу варто виключити відновлювані території зі структури екомережі і взяти за основу запропоновані Загальнодержавною програмою формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки назви її структурних елементів: природні регіони, природні коридори і буферні зони, що відображає їх функціональні й екологічні характеристики, а також за кількістю й змістом більшою мірою відповідає Всеєвропейській стратегії збереження ландшафтного та біологічного різноманіття.



## **МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКТРИНАЛЬНИХ ДЕФІНІЦІЙ ТРУДОВОГО ПРАВА**

**П**равові поняття (а, отже, й відповідні їм дефініції) в літературі прийнято поділяти на поняття права і поняття правової науки<sup>1</sup>. Перші знаходять своє відображення в законодавстві, другі – в наукових джерелах (монографіях, коментарях до законів, словниках тощо).

Доктринальні дефініції – це теоретичні судження, сформульовані вченими-юристами, що розкривають зміст і обсяг будь-яких понять юридичних явищ (процесів і станів), які складають частину наукової правосвідомості, виражені текстуально зовні, необов'язкові для суб'єктів права і виступають у вигляді науково обґрунтованих орієнтирів і аргументів у теоретичній діяльності і правотворчій, правореалізуючій, інтерпретаційній і правосистематизуючій практиці<sup>2</sup>.

Хоча доктринальні дефініції, на відміну від законодавчих, є необов'язковими для суб'єктів права, але вони відіграють важливу роль у формуванні понятійного апарату галузі, науково обґрунтованих законодавчих дефініцій. Доктринальні дефініції є концентрованим виразом ідеологічної, світоглядної основи науки трудового права, важливим елементом структури трудової теорії (вчення).

Ідеологічний плюралізм, властивий сучасному етапу розвитку суспільства, породжує різноманітність підходів до дослідження й доктринальних дефініцій трудового права, що охоплює формально-логічне, лінгвістичне, філософське, історичне, соціологічне, психологічне, спеціально-юридичне та інше обґрунтування даного феномену<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Власенко Н. А. Язык права / Н. А. Власенко. – Иркутск: Восточно-Сибирское книжное изд-во; Норма-плюс, 1997. – С. 155; Хижняк С. П. Юридическая терминология: формирование и состав / С. П. Хижняк. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1997. – С. 12, 24.

<sup>2</sup> Карташов В. Н. Юридические дефиниции: некоторые методологические подходы, виды и функции / В. Н. Карташов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного “круглого стола” (Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / Под ред. В. М. Баранова, П. С. Папуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр “Юридическая техника”, 2007. – С. 586.

<sup>3</sup> Карташов В. Н. Юридические дефиниции: некоторые методологические подходы, виды и функции / В. Н. Карташов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного “круглого стола” (Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / Под ред. В. М. Баранова, П. С. Папуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр “Юридическая техника”, 2007. – С. 581.

Зокрема, формально-логічний підхід передбачає застосування системи логічних прийомів, способів, засобів, правил і операцій, з допомогою яких досліджуються внутрішні закономірності виникнення і розвитку понять науки трудового права, розкривається зміст того чи іншого поняття, його істотні ознаки і елементи. Неналежне застосування формально-логічного підходу призводить до створення визначень шляхом закріплення дублюючих ознак, до формулювання дефініцій, які не відповідають вимогам співрозмірності обсягу доктринального визначення і самого явища, не охоплюють всіх істотних ознак, елементів досліджуваних явищ.

Лінгвістичний підхід передбачає перевірку доктринальних дефініцій на повноту, тавтологічність, суперечливість, коректність використання юридичної термінології, обґрунтованість і доцільність введення нових юридичних термінів, допустимість багатозначності використовуваних термінів у рамках єдиного смислового поля наукової теорії. Важливу роль відіграє дотримання лексико-стилістичних норм літературної мови, зокрема вимог до сучасної термінології. Лінгвістичний підхід передбачає й правильне розуміння співвідношення двох споріднених мов – російської та української, оскільки в усіх споріднених мовах зустрічаються ті чи інші слова-основи, але їх вагомість, семантичний обсяг, характер співвіднесеності з іншими словами у різних мовах не можуть бути однаковими. Ця проблема є актуальною ще й тому, що значна частина науково-теоретичних трудових досліджень ґрунтується на російськомовних джерелах, наслідком чого є помилки у викладі змісту понять, їх відповідності мовній системі, калькування російських відповідників українською мовою. Наприклад, у науці трудового права, на жаль, зустрічається застосування як тотожних понять “працівник” і “робітник”, “трудова угода” і “трудова угода” тощо. Тому доктринальні дефініції повинні будуватись на засадах лексичних, стилістичних та інших норм української літературної мови.

Зміна ідеології, ціннісних орієнтацій, зміни у свідомості самого дослідника, в його філософській орієнтації, методологічній оснащеності, парадигмальній спрямованості істотно впливають на результати наукового дослідження. Філософський підхід дозволяє розглядати юридичні дефініції з фундаментальних, світоглядних позицій, використовуючи відповідні принципи, категорії і закони. Одним із таких принципів є принцип стислості форми і повноти змісту дефініції, оскільки форма і зміст – це дві невіддільні одна від одної категорії.

Історичний підхід зобов'язує дослідника враховувати конкретно-історичні фактори (економічні, політичні, соціальні, національні, духовні тощо), які впливають на виникнення, розвиток і функціонування трудових явищ, формування різних точок зору на їх розуміння і визначення, звертати увагу на закономірність наступності у розвитку наукових знань, процесів традицій і новаторства в трудовій науці і практиці. Історичний підхід ґрунтується на вивченні трудових явищ у їх виникненні і розвитку, що сприяє розкриттю логіки, закономірностей розвитку понять і категорій науки трудового права.

Сьогодні спостерігається тенденція до неологізації (від слова “неологізм” – нові слова, що виникли для позначення нових предметів і понять або для заміни застарілих назв вже існуючих явищ). Цей процес появи нових термінів (наприклад, “дистанційна робота”, “фрілансерство”, аутстафінг, аутсорсинг тощо) зумовлений змінами у суспільному житті. Неологізація термінології стимулюється тим, що будь-яка галузь науки, що розвивається, повинна час від часу поновлюватися. Переглядати свою термінологію наука повинна не тільки тому, що можливі помилкові, історично неадекватні дійсності терміни і необхідні нові терміни для відкритих наукових реалій, але й тому, що вони необхідні для осмислення відомих фактів, оскільки традиційні терміни інколи обмежують мислення дослідника. Тому приведення наукових абстракцій у відповідність із мінливою реальністю є постійною методологічною проблемою кожної науки<sup>1</sup>.

Особливу цінність при вивченні доктринальних дефініцій набувають соціологічні засоби, прийоми, способи, методи, правила тощо, що складають інструментальну (технічну) частину соціологічного підходу. Адже складно собі уявити процес визначення юридичних понять без аналізу теоретичних і емпіричних джерел, узагальнення матеріалів юридичної практики (правотворчої, правореалізуючої, правозастосовної, інтерпретаційної, судової), офіційних і неофіційних документів, методу експертних оцінок тощо. Як слушно підкреслювала С. Ю. Головіна, процес наукового аналізу понятійного апарату трудового права незмінно призводить до поповнення його термінологічного фонду, а процес правозастосування коректує вже сформовану понятійну основу галузі. Порівняння доктринального і судового тлумачення правових норм дає законодавцеві міцну гносеологічну опору для вдосконалення понятійного апарату галузі, формування наукового обґрунтованих законодавчих дефініцій<sup>2</sup>. Не існує нездоланного бар'єру між доктринальними і легальними дефініціями. Окремі легальні дефініції, що увійшли в акти законодавства, протягом багатьох років розроблялись юридичною наукою, перш ніж стати легальними. Більше того, зміни і доповнення, що вносяться в нормативно-правові дефініції, також ґрунтуються на даних юридичної науки<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Селіванов В. Поняття і категорії в процесі історичного розвитку юридичної науки / В. Селіванов // Вісник Академії правових наук. – 2005. – № 4. – С. 14.

<sup>2</sup> Головіна С. Ю. Проблемы формулирования дефиниций в трудовом законодательстве России / С. Ю. Головіна // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного “круглого стола” (Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / Под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр “Юридическая техника”, 2007. – С. 652.

<sup>3</sup> Апт Л. Ф. Дефиниции в законодательстве Российской Федерации / Л. Ф. Апт // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного “круглого стола” (Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / Под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр “Юридическая техника”, 2007. – С. 81.

Можна виділяти й інші (психологічний, спеціально-юридичний, аксіологічний, системний тощо) підходи, що використовуються в процесі доктринального визначення юридичних понять як найважливішому напрямку впливу юридичної теорії на практику.

**Світлана Волошина,**

к.ю.н., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
trudovoe\_pravo@ukr.net

## **НАВЧАННЯ, ПЕРЕВІРКА ЗНАТЬ ТА ІНСТРУКТАЖ ПРАЦІВНИКІВ НА ПІДПРИЄМСТВІ З ПИТАНЬ ОХОРОНИ ПРАЦІ**

**Р**еалізація конституційного права працівників на охорону їх життя і здоров'я, на належні, безпечні і здорові умови праці під час трудової діяльності – з одного боку та розвиток ринкових відносин, впровадження в різні галузі народного господарства нової техніки та технологій, а також використання традиційних технологічних процесів та обладнання, що є джерелом підвищеної небезпеки – з іншого, обумовлює необхідність та важливість розгляду питань охорони праці.

Із здобуттям незалежності наша держава першою серед республік колишнього СРСР прийняла у 1992 році Закон України “Про охорону праці”. Він визначив шляхи реалізації конституційного права громадян на охорону їх життя і здоров'я в процесі трудової діяльності та основні засади державної політики з цього питання. З прийняттям закону в країні було створено систему управління охороною праці, яка враховувала досвід багатьох країн світу, утворено органи, що забезпечують організаційно-методичну роботу з цього питання. Враховуючи, що охорона праці є складовою частиною соціально-економічного розвитку держави, основні принципи державної політики в галузі охорони праці стали складовою частиною Основних напрямів соціальної політики, що схвалюються указами Президента України, а також щорічних програм економічного та соціального розвитку України.

Статтею 17 Закону України “Про охорону праці” визначено, що власник зобов'язаний створити в кожному структурному підрозділі і на робочому місці умови для праці відповідно до вимог нормативних актів, а також забезпечити додержання прав працівників, гарантованих законодавством про охорону праці. З цією метою власник має забезпечити функціонування відповідних служб, призначити посадових осіб, розробити та реалізувати заходи для досягнення встановлених нормативів. На підприємствах та в організаціях державної форми власності, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України, до контракту з керівником підприємства обов'язково включаються умови щодо його обов'язків та відповідальності за умови щодо його обов'язків та відповідальності за створення безпечних умов праці відповідно до чинного законодавства.

Функції служби охорони праці, що створюється роботодавцем згідно із Законом України “Про охорону праці” для організації виконання правових, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних, соціально – економічних і лікувально-профілактичних заходів, спрямованих на запобігання нещасних випадкам, професійним захворюванням і аваріям у процесі праці, в основному співпадають із функціями служби гігієни праці, передбаченими Конвенцією №161. Функції служби охорони праці передбачені Типовим положенням про службу охорони праці, затвердженим наказом Державного комітету України з нагляду за охороною праці від 15.11.2004 №255. Серед функцій служби гігієни праці, закріплених Конвенцією №161, низка функцій безпосередньо пов’язана із охороною здоров’я працівників.

Що стосується функцій служби охорони праці, то у Типовому положенні передбачаються, зокрема, такі функції: розроблення спільно з іншими підрозділами підприємства комплексних заходів для досягнення встановлених нормативів та підвищення існуючого рівня охорони праці, планів, програм поліпшення умов праці, запобігання виробничого травматизму, професійним захворюванням, надання організаційно-методичної допомоги у виконанні запланованих заходів; підготовка проектів наказів з питань охорони праці і внесення їх на розгляд роботодавцю; проведення спільно з представниками інших структурних підрозділів і за участю представників професійної спілки підприємства або, за її відсутності, уповноважених найманими працівниками осіб з питань охорони праці перевірок дотримання працівниками вимог нормативно-правових актів з охорони праці; складання звітності з охорони праці за встановленими формами; проведення з працівниками вступного інструктажу з охорони праці та ін. Отже, функції служби охорони праці згідно із Типовим положенням про службу охорони праці більше пов’язані з безпекою праці, організацією охорони праці на підприємстві, здійсненням контролю за дотриманням вимог нормативно – правових актів про охорону праці, використанням цільових коштів, виділених для виконання комплексних заходів для досягнення встановлених нормативів та підвищення існуючого рівня охорони праці та ін.

Інструктажі працівників з питань охорони праці проводяться за рахунок роботодавця, також проводиться навчання з питань охорони праці, з надання першої медичної допомоги потерпілим від нещасних випадків і правил поведінки у разі виникнення аварії.

Навчання працівників з питань охорони праці – це навчання працівників з метою отримання необхідних знань і навичок з питань охорони праці або безпечного ведення робіт.

За характером і часом проведення інструктажі поділяються на вступний, первинний, повторний, позаплановий та цільовий.

Вступний інструктаж проводиться з усіма без винятку працівниками, які приймаються на роботу, а також з учнями, які прибули для виробничого навчання або практики, і іншими людьми, які вперше виконують роботи на

даному підприємстві (наприклад, відряджені співробітники інших підприємств або працівники, виконують роботи за договорами підяду). Вступний інструктаж на підприємстві проводить інженер з охорони праці або особа, на яку наказом по підприємству покладено ці обов'язки. Про проведення вступного інструктажу роблять запис у журналі реєстрації вступного інструктажу з обов'язковим підписом осіб. Вступний інструктаж має на меті ознайомлення працівника з чинним трудовим розпорядком, структурою підприємства, використовуваним обладнанням та технологією виробництва, заходами пожежної безпеки, основними інструкціями охорони праці та іншими правилами. Перелік питань вступного інструктажу також регламентований. Вступний інструктаж проводить інженер з охорони праці або фахівець на якого покладено ці обов'язки.

Первинний інструктаж проводиться на робочому місці індивідуально з кожним працівником, вперше наближуються до виконання даного виду робіт, включаючи відряджених працівників інших організацій, що беруть участь у виробничому процесі, працівників, що виконують роботи на території організації за договором підяду, і т.п. Первинний інструктаж проводиться безпосереднім керівником робіт за затвердженою керівником організації програмою; при цьому працівнику демонструються практичні методи безпечного виконання робіт. Важливість даного виду інструктажу очевидна: він має велику практичну значимість для забезпечення безпеки праці. Первинний інструктаж на робочому місці до початку виробничої діяльності проводять: (а) з усіма новоприйнятими на підприємство, перекладаються з одного підрозділу в інший; (б) з працівниками, які виконують нову для них роботу, відрядженими, тимчасовими працівниками; (в) з будівельниками, які виконують будівельно-монтажні роботи на території діючого підприємства; (г) зі студентами та учнями, які прибули на виробниче навчання або практику перед виконанням нових видів робіт.

Повторний інструктаж проводиться, як правило, один раз на квартал (але не рідше одного разу на півроку) з метою закріпити отримані знання з охорони праці та техніки безпеки. Він здійснюється за затвердженою інструкцією для цієї роботи або професії. Результат також записується в журнал, підписи кожного працівника і керівника підрозділу обов'язкові. Причиною проведення позапланового інструктажу може бути зміна технологічного процесу, отримання нового обладнання, введення нових правил, вказівок, випадки травмування працівників.

Основним завданням роботодавця згідно із ст.13 Закону України “Про охорону праці” є створення безпечних умов праці, забезпечення працівників засобами індивідуального і колективного захисту. У цій ситуації важливо правильно оцінити ризики, наявні на конкретному виробництві, і вжити необхідних заходів щодо їхнього попередження або зменшення. Не менш важливим чинником попередження виробничого травматизму і професійних захворювань є особисте усвідомлення працівником своєї ролі у виробничому процесі.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

У ст.14 Закону України “Про охорону праці” чітко визначаються обов’язки працівників з дотримання вимог нормативно-правових актів з охорони праці.

Працівник зобов’язаний: (а) піклуватися про особисту безпеку і здоров’я, а також про безпеку і здоров’я оточуючих людей в процесі виконання будь-яких робіт або під час знаходження на території підприємства; (б) знати і виконувати вимоги нормативно-правових актів з охорони праці, правила поведінки з машинами, механізмами, устаткуванням та іншими засобами виробництва, користуватися засобами колективного й індивідуального захисту; (в) проходити в установленому порядку попередні та періодичні медичні огляди.

Всі ці вимоги потрібно внести до посадових інструкцій, в інструкції про охорону праці для кожної професії та виду робіт.

**Христина Гайдаржи,**

асистент кафедри аграрного, земельного та екологічного права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
gergina88@mail.ru

### **БАГАТОЗНАЧНІСТЬ ПОНЯТТЯ “КООПЕРАЦІЇ” ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

**П**оняття кооперації давно увійшло до вітчизняної законодавчої лексики. Проблемність полягає у тому, що аналіз використання даного терміну в контексті різних нормативно-правових актів вказує на неоднозначність розуміння кооперації. Дослідження усієї нормативно-правової бази дозволяє виявити кілька сотень документів різної юридичної сили, що містять дане поняття. Така широка розповсюдженість поняття кооперації в законодавчих актах вимагає уважного та глибокого дослідження багатогранності даного терміну. В результаті наукового вивчення та систематизації нормативного матеріалу можна виявити кілька основних значень кооперації, які зустрічаються в українському законодавстві:

**1) Кооперація як система кооперативних організацій.** Даний підхід використано у спеціальному Законі України “Про кооперацію”, що розуміє під кооперацією взаємопов’язану сукупність усіх кооперативів та кооперативних об’єднань в Україні.

**2) Кооперація як співробітництво.** Саме таке корінне лексичне значення дане слово має в перекладі з латинської мови (cooperatio – співробітництво). У такому значенні поняття кооперації вживається у великій кількості нормативно-правових актів (наприклад, у Законі України “Про режим іноземного інвестування”, розпорядженні Кабінету Міністрів України від 01.04.2014 року “Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні”, наказі Мінагрополітики від 18.09.2013 року “Про затвердження форми та порядку розроблення Програми створення (модернізації) виробничих потужностей і робочих місць” тощо).

Крім того на основі законодавчих актів, що містять в собі поняття кооперації, можна провести внутрішню класифікацію кооперації в значенні співробітництва відповідно до напрямків діяльності (виробнича, науково-технічна, навчальна, оборонна тощо) та за суб'єктами (кооперація між суб'єктами господарювання, державами, органами державної влади, науковими установами тощо).

Однак, наприклад, у розпорядженні Кабінету Міністрів України від 12.11.2001 року № 506-р “Про участь українських підприємців у Міждержавній виставці, присвяченій 10-ій річниці створення СНД” демонструється розмежування понять кооперація та співробітництво. Слід відмітити, що такий підхід є казуальним, а не традиційним.

**3) Кооперація як взаємодія.** Така позиція стала основною у Законі України “Про зовнішньоекономічну діяльність”, в якому міжнародною кооперацією названа взаємодія двох або більше суб'єктів господарської діяльності, при якій здійснюється спільна розробка, виробництво, реалізація кінцевої продукції та інших товарів на основі спеціалізації з координацією відповідних програм.

**4) Кооперація як об'єднання.** Так розуміється кооперація, наприклад, у Законі України “Про фермерське господарство”, у ст. 26 якого кооперація фермерських господарств пояснюється через створення ними сільськогосподарських кооперативів, кооперативних банків, спілок та інших об'єднань, господарських товариств.

Схожа позиція закріплена у Законі України “Про споживчу кооперацію”, у ст. 1 якого споживча кооперація визначається як добровільне об'єднання громадян для спільного ведення господарської діяльності з метою поліпшення свого економічного та соціального стану.

Кооперація як об'єднання, а саме як антонім розподілу, вживається у Стандарті МОН “Освітньо-професійна програма підготовки бакалавра за напрямом 0504 “туризм”.

**5) Кооперація як контракт.** Таке трактування є спірним для класичної теорії кооперативного права, однак зустрічається у нормативних документах. Наприклад, у Положенні про порядок видачі ліцензій на експорт озоноруйнуючих речовин і продукції, що їх містить, затвердженому наказом Міністерства зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі України від 15.04.1998 року № 209 зовнішньоекономічні контракти визначаються через поняття кооперації.

Також у значенні договору кооперація вживається у Положенні про порядок ліцензування імпорту товарів у 2002 році від 01.02.2002 № 33 (наразі втратило чинність). В даному нормативно-правовому акті серед видів зовнішньоекономічних контрактів перелічувались: продаж, виробничо-технічна кооперація та науково-технічні зв'язки, прикордонна та прибережна торгівля тощо. З наведеного переліку вбачається, що у процитованому акті було неадекватно сформульовано не лише питання кооперації, але й інші аспекти: наприклад, торгівля – це діяльність, а не контракт.



Важливим питанням, що постає при дослідженні проблематики вживання поняття кооперації в українському законодавстві, є його співвідношення із поняттям інтеграції. Особливо актуальним це є відносно документів міжнародного рівня та політичного характеру, в яких дані поняття вживаються одночасно. Так, наприклад, у постанові Верховної Ради про Звернення Верховної Ради України до Голови Ради Міжпарламентської асамблеї держав-учасниць СНД від 22.05.2003 року кооперація вживається в значенні “об’єднання”, а інтеграція розуміється як “входження”. З даного контексту можливим є висновок щодо різних правових наслідків таких процесів, а саме: в умовах кооперації серед учасників панує рівноправність, а при інтеграції відбувається підпорядкування одних суб’єктів іншим.

Інший ракурс співвідношення аналізованих понять представлено у Програмі інтеграції України до ЄС, схваленій Указом Президента від 14.09.2000 року. В даному документі серед пріоритетних напрямів інтеграційного руху названі міжгалузєва, патентна, промислова кооперація, міжнародна кооперація в праці, дослідницька кооперація, міжрегіональна кооперація. Контекст Програми розглядає різнобічну кооперацію засобом зближення (інтеграції) України та ЄС.

Таким чином, в результаті дослідження вітчизняної нормативно-правової бази можна зробити висновок щодо використання терміну “кооперація” в п’яти основних значеннях. З цього випливає неможливість зведення цього поняття до певного єдиного знаменника, так як подібний підхід безпідставно збіднить нормативно-лексичне значення кооперації.

При цьому розглянуті нами значення мають внутрішні логічні зв’язки. Так, кооперація як система кооперативних організацій є окремим випадком кооперації як об’єднання. Аналогічно кооперація як співробітництво є окремим випадком кооперації як взаємодії. Таке співвідношення пояснюється тим, що поняття взаємодії ширше та охоплює співробітництво як різновид.

Кооперацію як договір розглядати недоречно. Однак при цьому кооперація як об’єднання, співробітництво чи взаємодія можуть опосередковуватись укладанням відповідного договору (контракту).

Побудова таких внутрішніх системних взаємозв’язків характеризує кооперацію як цілісне, хоча і багатозначне поняття, яке є невід’ємною частиною нормативної лексики вітчизняного законодавства.

## МУНІЦИПАЛЬНО-ПРАВОВА ІНТЕГРАЦІЯ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Інтеграції муніципального права в умовах реалізації положень урядової Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні від 01.04.2014 року щодо посилення правової, організаційної та матеріальної спроможності територіальних громад, органів місцевого самоврядування, провадження їх діяльності з дотриманням принципів та положень Європейської хартії місцевого самоврядування<sup>1</sup> уявляє собою особливий вид діяльності соціально-політичного утворення, що бере участь у міжнародному інтеграційному спілкуванні на теренах Європи. Тому постає необхідність здійснення перспективної наукової розробки проблеми його міжнародної правосуб'єктності, зокрема, щодо інституціоналізації інтеграційного утворення, що виникає в процесі асоціації України з Європейським Союзом (ЄС). Окрім того, що в даному випадку в країні-кандидатів (або країні-учасників асоціації) впроваджується європейський спосіб прийняття політичних рішень, ЄС отримує і владне управління частково у власні руки (на наднаціональному рівні), що формує “європейське управління” (англ. EU governance).

У ХХ ст. на нормативному функціонуванні Європейського Союзу були сформульовані численні теорії європейської інтеграції, що розкривають її основні аспекти, тенденції і закономірності.<sup>2</sup> Зокрема, до теорій, що орієнтовні на розробку та уточнення понятійного апарату і дефініцій (або дескриптивні теорії) відносяться: теорія самоврядування; мережаний підхід; новий інституціоналізм; регіоналізм (регіоналізація).

Таким чином, достатньо тривало конкретний досвід Європейських спільнот, а пізніше Європейського Союзу, став ототожнюватися з феноменом “інтеграція” та його значенням. Успіхи інтеграційних процесів у будь-якій точці планети стали “автоматично” оцінюватися скрізь призму еволюції Європейського Союзу.

Отже, інтеграція створює новий тип суспільних відносин і для їх юридичного опосередкування необхідна відповідна нормативність, що відповідає цілям нової ментальності. Будь-який процес економічної інтеграції (inter alia) України в загальноєвропейський простір – “це інституціоналізована система

<sup>1</sup> Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні” від 01.04.2014 року № 333-р // Офіційний вісник України. – 2014. – № 30. – Ст. 831.

<sup>2</sup> European Integration Theory / Antje Wiener and Thomas Dies (eds.). – N.Y., L.: Oxford University Press, 2009. – [290 pages]. – P. 17.

створення норм, і організація, яка їх створює і набуває статусу суб'єкта міжнародного права”<sup>1</sup>.

Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014 року<sup>2</sup> в преамбулі, зокрема, проголошує: бажання просувати процес реформ та адаптації законодавства в Україні, що сприятиме поступовій економічній інтеграції і поглибленню політичної асоціації; впевненість у необхідності для України впроваджувати політичні, соціально-економічні, правові та інституційні реформи з метою ефективного виконання цієї Угоди та будучи відданими рішучій підтримці цих реформ в Україні; зобов'язання з підтримування транскордонного та міжрегіонального співробітництва; зобов'язання щодо забезпечення поступової адаптації законодавства України до *acquis* ЄС відповідно до напрямів, визначених у цій Угоді, та забезпечувати ефективно її виконання. Співробітництво, що відбувається, на двосторонньому, регіональному та європейському рівнях ґрунтується, зокрема, на такому принципі, як повага самотності та інтересів місцевих громад, особливо у сільській місцевості (п. “а” ч. 1 ст. 400 зазначеної Угоди).

На інституціоналізацію муніципального права впливає також взаємодія з джерелом іншого інтеграційного об'єднання, як комунітарне право Європейського Союзу. Так згідно із ст. 474 зазначеної Угоди “Україна здійснюватиме поступове наближення свого законодавства до права ЄС” та передбачено експертне та методологічне забезпечення процесу наближення законодавства України до права ЄС. Комунітарне право уявляє собою автономну правову систему і застосовується на підставі принципів прямої дії, безпосереднього застосування і верховенства над нормами внутрішнього законодавства. Викликає інтерес, що наприклад, латиноамериканські спеціалісти відрізняють терміни “комунітарне право” і “інтеграційне право”: “Інтеграційне право уявляє собою сукупність норм, правил і цінностей, які регулюють процеси інтеграції і таким чином забезпечують їх розвиток. Коли ж інтеграційне право набуває наднаціональних рис, з'являється комунітарне право, що є еволюційною категорією від інтеграційного права. Таким чином, комунітарне право – це найвища (або розвинута) форма інтеграційного права”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Lopez Luis F.A. *Ordemamiento juridico basico para la constitucion de la zona libre de comercio de Sudamerica* / Luis Fernando Arnau Lopez // Universidad Andina Simon Bolivar de Bolivia. Facultad de Integracion. Maestria de Integracion y Comercio Internacional [Electronic resource]. – Mode of access: WWW.URL: <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/BO-INT-0007.pdf> (Дата звернення: 01.10.2014 року).

<sup>2</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014 року, ратифікована із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014 року // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Том 1. – Ст. 2125.

<sup>3</sup> Midón Mario A.R. *Derecho de la integración: aspectos institucionales del Mercosur* / Mario A.R. Midón. – Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. – [462 paginas]. – P. 50-51.

Зокрема прикладом правової інтеграції у сфері розвитку місцевої і регіональної демократії є те, що ст. 404-405 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, передбачено: укладення угод про співробітництво між територіальними громадами для ведення секторального діалогу; вивчення європейського досвіду місцевого самоврядування, організації семінарів в Україні, навчальних поїздок до держав-членів ЄС тощо; укладення угод про співробітництво між територіальними громадами для ведення секторального діалогу. Зазначені заходи здійснюються за співпраці з Генеральним директором Європейської Комісії “Сільське господарство та розвиток сільських територій”.

Поглиблення інституціоналізації муніципального права можна спостерігати згідно з положеннями ст. 446-449 зазначеної Угоди, що передбачають розроблення проекту Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв’язку з ратифікацією Протоколу № 3 до Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями стосовно об’єднань євро регіонального співробітництва” за співпраці з Генеральним директором Європейської Комісії “Регіональна політика та урбанізація” і Комітетом Регіонів Європейського Союзу.<sup>1</sup>

Зокрема, ст. 447 передбачено, що сторони зазначеної Угоди будуть підтримувати та посилювати залучення місцевих та регіональних органів влади до транскордонного та регіонального співробітництва та відповідних управлінських структур із метою посилення співробітництва шляхом створення сприятливої законодавчої бази, підтримки та нарощування потенціалу розвитку, а також забезпечення зміцнення транскордонних та регіональних економічних зв’язків та ділового партнерства.

Для досягнення цілей цієї Угоди Рада асоціації має повноваження приймати рішення в рамках сфери дії цієї Угоди у випадках, передбачених нею (ч. 1 ст. 463 зазначеної Угоди). Такі рішення є обов’язковими для договірних сторін, які вживають необхідних заходів, у тому числі, в разі необхідності, заходів у рамках спеціальних органів, створених відповідно до цієї Угоди, для виконання прийнятих рішень. Рада асоціації може також надавати рекомендації.

Комітет асоціації має повноваження приймати рішення у випадках, передбачених у цій Угоді, та у сферах, в яких Рада асоціації делегувала йому свої повноваження. Такі рішення є обов’язковими для договірних сторін, які вживають необхідних заходів для їх виконання. Комітет асоціації готує свої рішення за згодою договірних сторін (ч. 3 ст. 465 зазначеної Угоди).

Таким чином, міжнародна муніципально-правова інтеграція обумовлює

---

<sup>1</sup> Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони” від 17.09.2014 року № 847-р // Офіційний вісник України. – 2014. – № 77. – Ст. 2197.

процес закономірного розвитку договірної (статутної) міжнародної організації або асоціації з нею, що наділена правосуб'єктністю, а отже, можливістю здійснювати в межах компетенції юридично значимі дії, обов'язкові для держав-членів (договірних сторін), або виступати в якості міжнародного форуму (конференції тощо), на якому держави-члени (договірні сторони) можуть обговорювати і самостійно приймати рішення (рекомендації тощо), оформлювати їх окремими угодами (протоколами тощо) у сфері місцевого самоврядування, транскордонного та регіонального співробітництва територіальних громад, децентралізації державного управління. Основним механізмом здійснення міжнародної муніципально-правової інтеграції є міжнародний договір.

Інтеграція України в правову (комунітарну) систему Європейського Союзу та в умовах участі в діяльності Ради Європи уявляє собою розповсюджений і об'єктивно обумовлений процес із функціонування сучасного європейського правопорядку. Правова інтеграція може бути обумовлена різними чинниками і охоплювати різні сфери суспільного життя. Головним чинником міжнародної муніципальної інтеграції постає необхідність політико-правового співробітництва держав і усунення перепон у розвитку місцевого самоврядування. Правова інтеграція повинна розвиватися поступово згідно з механізмами і закономірностями, досягненнями теорії права та з врахуванням історико-типових особливостей держав.

Кожному з етапів інтеграції відповідає певна форма правової інтеграції. Форма муніципально-правової інтеграції уявляє собою сукупність правових механізмів, які супроводжують увесь процес об'єднання зусиль (спільних дій) з імплементації та адаптації стандартів, цінностей та конвенційних норм у сфері побудови системи місцевого самоврядування європейськими державами. Головним критерієм розмежування форм правової інтеграції є ступінь інтеграції. Ступінь правової інтеграції держав це: обсяг повноважень, що передаються (надаються); порядок створення наднаціональних органів управління; механізм прийняття і застосування рішень на рівні інтеграційного утворення. Саме це обумовлює наявність міжнародної правосуб'єктності такого утворення і його участь у міжнародних відносинах.

**Людмила Гарашенко,**

к.ю.н., доцент, доцент кафедри права  
Київського національного лінгвістичного університету  
lyudag2003@ukr.net

## **СТРОКОВИЙ ТРУДОВИЙ ДОГОВІР ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ІТАЛІЇ**

**В**ажливу роль у сучасних умовах відіграють гнучкі норми трудового законодавства, які забезпечують перерозподіл трудових ресурсів, сприяють створенню нових підприємств та робочих місць. Суворий захист робочих місць, у

свою чергу, справляє, за оцінками, значний негативний вплив на мобільність працівників.

Завданням трудового законодавства та інших інституцій ринку праці є пошук рівноваги між необхідністю захисту прав працівників та необхідністю забезпечення гнучкості ринку праці й формування сприятливіших умов для створення можливостей для продуктивної роботи та активізації соціального діалогу.

Подальше реформування трудового законодавства та інших інститутів ринку праці є невід’ємною частиною реформ загального середовища бізнесу. Як було відзначено в Зеленій книзі Європейської Комісії, “модернізація законодавства про працю є ключовим елементом у забезпеченні успішної адаптації працівників та підприємств на ринку праці”<sup>1</sup>. Це є особливо вірним для багатьох країн із середнім та низьким рівнем доходів, які намагаються вирішувати проблеми низького рівня зайнятості, високого безробіття та значної неформальної зайнятості.

Одним із способів підвищення рівня зайнятості та вдалого перерозподілу робочої сили в ринкових умовах є оформлення строкового трудового договору. З метою запозичення досвіду європейських країн в контексті євроінтеграції, розглянемо випадки та порядок застосування такого виду трудового договору в Італії.

Правове регулювання строкового трудового договору в Італії регулюється різними нормативними актами. Строк трудового договору був закріплений в ст. 2097 Цивільного кодексу Італії, однак ця норма невдовзі була відмінена. Причиною таких змін стало недопущення укладення строкових трудових договорів з працівниками, прийнятими на роботу на постійній основі. Таким чином, прийняття закону від 18 квітня 1962 року № 230 (L. 18 aprile 1962, n. 230. *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*)<sup>2</sup> було обумовлене захистом працівника від необґрунтованого укладення з ним строкового трудового договору. Захист полягав у обмеженні використання строкового трудового договору через конкретизацію ситуацій (випадків), коли такий договір може укладатися. Серед них: 1) сезонні роботи; 2) заміна відсутнього працівника із збереженням для нього місця роботи, зазначенням працівника (прізвище, ім’я, по батькові) і причини його заміни; 3) виконання роботи, яка має особливий характер, або виконується в особливих випадках і час (мається на увазі термін, тобто тривалість); 4) виконання додаткової роботи (додаткових етапів в роботі), яка

<sup>1</sup> Міжнародний досвід реформування трудового законодавства. Аналітична записка для Уряду України. Квітень 2011. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://siteresources.worldbank.org/UKRAINE/INUKRAINIANEXTN/Resources/455680-1310372404373/UkraineLaborCodeReformUkr.pdf>

<sup>2</sup> L. 18 aprile 1962, n. 230. *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://venus.unive.it/rsu/normative/RIFERIMENTI\\_NORMATIVI/L-230-1962.htm](http://venus.unive.it/rsu/normative/RIFERIMENTI_NORMATIVI/L-230-1962.htm)

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

має тимчасовий характер і вимагає додаткової кількості працівників, але на не-тривалий час; 5) виконання певних робіт, організації спеціальних вистав (шоу), радіо і телепрограм; 6) робота в авіатранспортних компаніях або компаніях, які надають послуги аеропорту і має місце для виконання оперативних служб, на-земного і авіа обслуговування на борту літака як пасажирів так і вантажу.

Прийняття Європейським Союзом Директиви 1999/70/ЕС від 28 червня 1999 р., не залишила італійське законодавство у цій сфері без змін. Однак, зупинимося на деяких важливих аспектах Директиви. Одним із них є визначення правової дефініції, але не строкового трудового договору, а скоріше “фіксованого працівника” (“fixed-term worker”), тобто працівника, який працює з чітко визначеним строком. Згідно вказаного документа, таким працівником слід вважати особу, яка уклала трудовий договір або перебуває у відносинах роботодавець-працівник, де закінчення строку трудового договору або відносин визначається об’єктивними умовами, такими як досягнення конкретної дати завершення певного завдання або виникнення певної події<sup>1</sup>.

У Директиві є норми, які спрямовані для запобігання зловживань у зв’язку з використанням послідовних строкових трудових договорів, а саме: 1) причини, що виправдовують продовження таких договорів або відносин мають бути об’єктивними; 2) максимальна загальна тривалість послідовних строкових трудових договорів або відносин; 3) кількість продовжених таких договорів або відносин.

Законодавчі зміни в Італії у зв’язку з прийняттям Директиви 1999/70/ЕС конкретизували визначення та умови строкового трудового договору. В Італії було прийнято Законодавчий декрет від 6 вересня 2001 р.<sup>2</sup>, яким передбачено можливість укладення строкового трудового договору, але у чітко встановлених випадках: технічні причини; виробничі; організаційні або заміна працівника (навіть якщо це звичайна діяльність роботодавця). Дата закінчення дії договору може бути встановлена або шляхом посилання на календарний день, або може бути визначена з причин, що призвели до його укладення (наприклад, заміна працівника, тимчасова робота тощо). Дата закінчення строку повинна бути чітко зафіксована в письмовому документі.

До 2001 року не було врегульовано питання продовження терміну дії контракту (послідовно) з одним і тим самим працівником. Вказаний нормативний

---

<sup>1</sup> Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP //Official Journal L 175, 10/07/1999 P. 0043 – 0048. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31999L0070>

<sup>2</sup> DECRETO LEGISLATIVO 6 settembre 2001, n. 368. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ilssole24ore.com/pdf/2010/SoleOnLine5/\\_Oggetti\\_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2011/04/istruzioni-uso-contratti-termine-giustificati/Decreto-legislativo-368-06-09-2001.pdf?uuid=6a97d672-6018-11e0-b3d9-43a93b625698](http://www.ilssole24ore.com/pdf/2010/SoleOnLine5/_Oggetti_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2011/04/istruzioni-uso-contratti-termine-giustificati/Decreto-legislativo-368-06-09-2001.pdf?uuid=6a97d672-6018-11e0-b3d9-43a93b625698)

акт (D.Lgs. 368/2001)<sup>1</sup> закріпив певні вимоги для роботодавця щодо укладення строкових трудових договорів підряд з одним і тим самим працівником. Серед них варто виділити основні:

- максимальна тривалість одного строкового трудового договору не повинна перевищувати 36 місяців;

- мінімальна перерва (інтервал), між одним контрактом і іншим. Цей інтервал було встановлено на 20 днів для строкових трудових договорів тривалістю більше 6 місяців і 10 днів для договорів, тривалістю менше 6 місяців.

У вказаному документі визначені умови продовження або переходу строкового у безстроковий трудовий договір. Строковий договір може бути продовжений тільки: за наявності об'єктивних причин (не конкретизовано); тільки один раз, під час 36 місяців та таку ж тривалість; за згодою працівника.

Зміни у сфері правового регулювання строкового трудового договору були внесені законом від 28 червня 2012 р. №92<sup>2</sup>, законодавчим Декретом від 28 червня 2013 р. №76<sup>3</sup> та законодавчим Декретом від 20 березня 2014 р. №34<sup>4</sup>, які відомі, як реформи Форнеро. Згідно вказаних змін, термін строкового трудового договору не може перевищувати 36 місяців. Законодавчим Декретом від 28 червня 2013 р. №76 чітко визначено, що строковий трудовий договір може переукладатися (продовжуватися не більше 8 разів) і цей термін не повинен перевищувати трьох років (загальний період зайнятості за цим договором). Важливою умовою переукладення таких договорів є виконання тієї ж роботи (такої ж роботи). У випадку, коли строковий трудовий договір перевищує три роки він перетворюється на безстроковий трудовий договір.

Отже, необхідно зробити висновок про те, що строковий трудовий договір є одним із видів трудового договору в Італії і має певні особливості: укладається на чітко визначений строк; може переукладатися декілька разів за умови виконання тієї ж роботи і не перевищувати визначений у законодавстві строк дії; законодавство регулює порядок переукладення (продлонгації) такого договору через встановлення чітких термінів між першим строковим договором і переукладеним; встановлена чітка система оплати праці працівників та кількість строкових трудових договорів у відсотковому відношенні щодо безстрокових.

Вивчення досвіду правового регулювання трудового договору, строкового зокрема, сприятиме поглибленню та удосконаленню трудового законодавства України.

---

<sup>1</sup> Там само.

<sup>2</sup> Riforma del lavoro Fornero Legge, testo coordinato 28.06.2012 n° 92, G.U. 03.07.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=18401>

<sup>3</sup> TESTO AGGIORNATO DEL DECRETO-LEGGE 28 giugno 2013, n. 76 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/08/22/13A07089/sg>

<sup>4</sup> TESTO COORDINATO DEL DECRETO-LEGGE 20 marzo 2014, n. 34 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/05/19/14A03891/sg>



**Ніна Гетьманцева,**  
к.ю.н., доцент кафедри цивільного права  
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича  
getmancevanina@gmail.com

## ВПЛИВ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН

**П**равовому регулюванню суспільних відносин, як і договірному регулюванню властива ознака формальної визначеності. Особливістю нормативно-правового стилю мови є те, що вона є конкретною і лаконічною. Разом з тим, необхідно зауважити, що навіть саме досконале трудове законодавство не в змозі врахувати всієї багатогранності суспільних відносин, що потребують правового регулювання. Тому з об'єктивної точки зору логічним і закономірним є застосування так званих оціночних понять, які властиві як правовому регулюванню в цілому так і договірному регулюванню соціально-трудова відносин.

Передусім, необхідно звернути увагу на ту обставину, що після запровадження терміну оціночні поняття у правову науку в наукових публікаціях, присвяченому даному питанню, появились різні назви оціночних висловлювань. Так С. Ю. Головіна, поряд з терміном оціночні поняття використовує й інше — оціночні категорії.<sup>1</sup> Не вдаючись у дискусію з даного питання зауважимо, що категорії не зводяться до понять. Дійсно, між категорією і поняттям є спільне: вони є засобом пізнання, але функції у них різні. Поняття фіксує найбільш суттєві відмінні ознаки об'єкта. Тобто це розкриття змісту об'єкта, в якому розкриваються не тільки зовнішні особливості об'єкта, але й внутрішні закономірності його існування. Категорія ж має за мету організацію самого процесу пізнання. Тому в категорії розкриття змісту об'єкта не ставиться за мету, а направлено на вирішення завдань щодо виявлення та дослідження законів існування конкретної дійсності. Слід зауважити, що один і той же термін (партнерство, час, відпочинок, переведення, праця, охорона і т.д.) може виступати і в ролі поняття, і в ролі категорії (хоча не все те, що може бути визначено поняттям, може слугувати в якості категорії). Дана обставина і породжує термінологічну плутанину, коли окремі поняття розглядаються як категорії. Поняття може перетворюватися в категорію і в даному випадку суттєво міняються його функції як інструмента пізнання, а також значення і місце серед інших інструментів пізнання. Разом з тим в основі кожного поняття знаходиться група взаємопов'язаних категорій, а змістовна інтерпретація поняття означає виявлення його категоріальної структури. Отже поняття і категорії знаходяться між собою в діалектичному взаємозв'язку.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Головіна С.Ю. Понятийный аппарат трудового права /Головіна С.Ю. — Екатеринбург.: УрГЮА, 1997. —С.154, 163.—( 363 с.).

<sup>2</sup> Гетьманцева Н.Д. Оціночні поняття трудового права. / Н.Д.Гетьманцева //Науковий

Трудове право як галузь права характеризується широким спектром договірної (локального) регулювання, що в свою чергу знаходить відображення в створенні та функціонуванні локальних норм з оціночними поняттями. Разом з тим, норма, що містить оціночне поняття може бути сформульована як імперативно так і в якості диспозитивної, однак завжди є багатогранною множинністю комбінацій на зразок поєднання (співвідношення) державного і колективно-договірної регулювання. Невизначеність змісту оціночного поняття не дає єдиної відповіді, а завжди надає свободу вибору, а відповідно, і можливість різної інтерпретації даного змісту. Зміст оціночного поняття є непостійним, змінним, а тому маючи динамічну структуру, воно ніколи не має кінцевого, правильного варіанта вирішення, оскільки залежить від конкретної ситуації в цілому. Так, поняття переведення на іншу роботу вчені-трудовики 50-60 рр. трактували як зміну роду роботи.<sup>1</sup> В наш час сформувалися різні підходи до даного визначення.<sup>2</sup>

Оціночне поняття не існує у вигляді чогось пустого, воно є певною величиною, в межах якого може проявитися свобода думки, особливо наглядно це проявляється в договірному регулюванні соціально-трудоких відносин. Так стаття 145 КЗпП України проголошує, що працівникам, які успішно й сумлінно виконують свої трудові обов'язки, надаються в першу чергу переваги та пільги в галузі соціально-культурного і житлово-побутового обслуговування (путівки до санаторіїв та будинків відпочинку, поліпшення житлових умов і т. ін.). В даному випадку успішність і сумлінність є оціночними поняттями, яке роботодавець оцінює на свій власний розсуд, виходячи зі змісту централізованої норми. Але разом з тим, він повинен так "оцінити" успішність і сумлінність, щоби система заохочень переконала працівників, що на підприємстві існує чіткий взаємозв'язок між активністю працівників, результатами їх діяльності і заохоченнями, які вони отримують, та можливість задовольнити свої власні потреби.

Дослідники оціночних понять також є одноставними в тому, що оціночні поняття конкретизуються в процесі правозастосування, їх зміст розкривається завдяки обдуманим вольовим діям суб'єкта правозастосування в поєднанні з практичною реальністю<sup>3</sup>. Виокремлення даної ознаки пов'язано з тим, що само

---

вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 522 Правознавство. – Чернівці: Рута, 2009 р.с50-53.

<sup>1</sup> Александров Н.Г. Советское трудовое право /Александров Н.Г. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954. – 383 с.

<sup>2</sup> Прилипка С.М. Трудове право України: підручник. [для студ.юрид.спец.вищ.навч. закл.] /С.М.Прилипка, О.М.Ярошенко. – Харків.: ФІНН, 2010. –345.(752 с.); Гетьманцева Н.Д. Новація умов трудового договору. /Н.Д.Гетьманцева //Юридична Україна. – 2007. - №3. – С. 64-70.

<sup>3</sup> Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве /М.И.Бару //Советское государство и право. – 1970. - №7 – С. 104.; Астрахан Е.И. Оценочные понятия в советском законодательстве о труде и социальном обеспечении /Е.И.Астрахан //Ученые записки ВНИ-

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

по собі оціночне поняття нічого не оцінює, оскільки оцінення на рівні лише самого оціночного поняття бути не може. Оціночне поняття набирає сенсу лише в результаті його застосування, так як зміст оціночного поняття залежить від конкретної обставини, коли суб'єкт правозастосування адаптується до ситуації і встановлюючи при цьому ознаки змісту оціночного поняття обирає варіант поведінки. Правові норми з оціночними поняттями набувають визначеного змісту лише в конкретній ситуації. Необхідно зауважити, що за своєю дією оціночні поняття не мають самостійного характеру, оскільки щоб розкрити їх змістовне наповнення необхідно проаналізувати норму, що містить дане оціночне поняття. Наповнення оціночних понять конкретним змістом обумовлено встановленням відповідності / невідповідності об'єкта і його характеристик критеріям, що закладені законодавцем в нормі, що містить оціночне поняття, а також загальноприйнятим нормам трудового законодавства і системі цінностей самих суб'єктів договірного регулювання. У оціночних поняттях завжди представлена сутність змісту волі законодавця, але за розумінням суб'єктів договірного регулювання з урахуванням особливостей застосування відповідних норм, як правило, що склалися на практиці як такої, а також тих критеріїв, оцінок, що розроблені судовою практикою, доктриною. Так відсутність у трудовому законодавстві України легального визначення істотних умов трудового договору залишає підстави для доктринального тлумачення тих необхідних умов, які обов'язково мають бути об'єктом переговорів та погодження між сторонами у разі прийняття на роботу.<sup>1</sup>

Є загальноприйнятим, що право в об'єктивному розумінні є системою понять, уявлень і принципів, право в суб'єктивному розумінні - це право в діях конкретного суб'єкта, який діє під регулятивним впливом норми.

В оціночному понятті поєднуються саме два моменти: об'єктивний і суб'єктивний, де об'єктивна складова є своєрідною статикою оціночного поняття. Фактичні обставини приводять в дію оціночне поняття, як би забезпечуючи своєрідний перехід від загальної моделі поведінки, яка закріплена в правовій нормі, в конкретну модель для конкретних суб'єктів, які діють у певній визначеній соціально-юридичній ситуації. Динамічний аспект оціночного поняття опосередковує розумове співвіднесення конкретного явища з оціночним поняттям. Можна сказати, що правові норми з оціночними поняттями, наділяючись суб'єктивною варіацією, залежністю від конкретної ситуації, умов, як би добуваються суб'єктами договірного регулювання стосовно до якоїсь конкретної ситуації. Дана обставина пояснюється тим, що правові норми з оціночними поняттями можуть реалізовувати ситуаційні значення і відтінки, здобуваючи певний зміст лише в конкретній ситуації. Так однією із додаткових підстав

---

ИСЗ. – Вып.30. – М., 1974. – С.39.; Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права / Головина С.Ю. – Екатеринбург.: УрГЮА, 1997.-С.19-30, 88-90.

<sup>1</sup> Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин / П.Д.Пилипенко. –К.;Т-во Знання, КОО, 2003.-С.75.

розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу з окремими категоріями працівників за певних умов є одноразове грубе порушення трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації всіх форм власності (філіалу, представництва, відділення та іншого відокремленого підрозділу), його заступниками, головним бухгалтером підприємства, установи, організації, його заступниками, а також службовими особами органів доходів і зборів, яким присвоєно спеціальні звання, і службовими особами центральних органів виконавчої влади, що реалізують державну політику у сферах державного фінансового контролю та контролю за цінами. При цьому “одноразове грубе порушення” трудових обов'язків є оціночним поняттям, яке набуває певного змісту в конкретній ситуації: приховування від податкових органів керівником відомостей про доходи підприємства, установи, організації, невжиття необхідних заходів щодо простою рухомого складу, в результаті чого спричинені збитки підприємству, установі, організації тощо. Цим ми хочемо показати, що всі характерні особливості оціночного поняття пов'язані саме з його змістом, визначення якого відведено суб'єктам договірного регулювання, у яких створюється індивідуальне бачення і суб'єктивна оцінка явищ дійсності. Тому в одних випадках за наявності відповідної підстави може наступити звільнення, в інших – лише обійтися доганою. Як бачимо сама властивість оцінювання є поштовхом до нових пошуків і роздумів. В залежності від певної моделі, що склалася в думці роботодавця, а краще сказати суб'єктів договірного регулювання, здійснюється суб'єктивізація правової норми з оціночними поняттями через призму, як правило, договірного регулювання. В цьому проявляється суб'єктивний і одночасно творчий характер даного оціночного поняття. Хоча як зазначав А.А. Чеговадзе, що сам правовий варіант є альтернативою як можливості вибору умов його існування. Тому є міра як загальний стандарт, що визначається об'єктивним правом через норму (сукупність норм), і міра, що визначена на певний розсуд.<sup>1</sup>

Инна Гиренко,

к.ю.н., доцент кафедри теорії міжнародного права  
і сравнительного правоведения

Национального университета биоресурсов и природопользования Украины  
inna.kurylo@gmail.com

## “РАСТИТЕЛЬНЫЙ МИР” КАК ЦЕННОСТНАЯ КАТЕГОРИЯ В ЭКОЛОГИЧЕСКОМ ПРАВЕ

**А**ктуальность темы исследования связана с той исключительной ценностью, которую представляют объекты растительного мира в жизни человеческого общества. В нынешних условиях, объективной реальностью является нараста-

<sup>1</sup> Чеговадзе А.А. Структура и состояние гражданского правоотношения / А.А. Чеговадзе. -М.: Статут, 2004. –С.84.

ние глобальной экологической катастрофы, происходящей на фоне глобального потепления и усиления антропогенной деятельности. Объекты растительного мира позволяют уменьшить масштабы негативных воздействий, смягчить климат, улучшить состояние окружающей природной среды. Несмотря на эти очевидные проблемы, сегодня в Украине наблюдается процесс сокращения площадей, занимаемых растительным миром, деградация его состояния, ухудшение экологических показателей. Действующее законодательство не в состоянии защитить этот природный ресурс, а причиной такого положения является не разработанность ряда теоретических вопросов. К их числу следует отнести такой феномен как ценностное понимание растительного мира, которое способствует развитию правоотношений и способно изменить правовые подходы к процессу закрепления данной категории в содержании нормативно-правовых актов.

Анализ публикаций показывает две особенности имеющейся научной литературы. Во-первых, имеется большое количество работ, посвященных правовым ценностям, системе ценностей, ценностному подходу. Это исследования: В. Д. Бабкина, Г. Дж. Бермана, М. И. Козюбри, М. М. Марченко, Н. М. Онищенко, Ю. М. Тодики, П. М. Рабиновича, В. В. Цветкова, М. Цвика, Ю. В. Сорокиной, С. В. Михайлова и др. С другой стороны, вопросы ценностного понимания растительного мира фрагментарно затрагивалась в работах: А.П. Гетьмана, В.В. Лаврова, Ю.С. Шемшученко, Н.Р. Малышевой, А.И. Олещенко. Таким образом проблема ценностного понимания растительного мира и отражения в правовых нормах, нуждается в своем анализе и дальнейшей разработке.

Целью работы является определение ценностных показателей растительного мира, и разработка на их основе путей усовершенствования закона Украины “Про рослинний світ” 1999 г.

Изложение материалов исследования необходимо начать с того, что развитие юридической науки требует разработки набора ценностей, определяющих правовые идеалы и напрямую связанных с действующим правом. Параллельно с этим в обществе происходит переоценка ценностей, результатом которой стало изменение мировоззрения в сторону понимания исключительной важности растительного мира. В философской науке ценностями называют все то, что вызывает к себе положительное отношение, рассматривается как благо, добро, польза, должное. Вполне понятно, что содержание норм действующего в обществе права, значительной мерой зависит от того, какие убеждения и идеалы исповедует общество и от места конкретной категории на шкале ценностной иерархии. Особенностью растительного мира является его многогранность и проявление во многих сферах общественной жизни, что создает предпосылки для усовершенствования действующего законодательства. Так, негативные изменения ценностных показателей растительного мира приводят к снижению урожайности сельхоз культур, ухудшения условий проживания, увеличению числа заболеваний и смертности. Под влиянием этих факторов, изменяется ценностное отношений человека к растительному миру и общество требует от

законодателя внесения изменений в сферу развития права, правовых явлений и процессов. С целью понимания правовой ценности этого природного ресурса, необходимо рассмотреть его определение, содержащееся в законе Украины “Про рослинний світ” 1997 г.<sup>1</sup>, - как совокупность всех определенных видов растений, а также грибов и сотворенных ими группирований на определенной территории. Используя ценностную характеристику в качестве критерия применительно к объектам растительного мира, можно выделить следующие пять позиций. Во-первых - это удовлетворение ресурсных или сырьевых потребностей общества в виде сбора дикорастущих травяных растений, цветов, ягод, орехов, грибов и других плодов. Во-вторых – использование для сенокоса и пастбы скота. В-третьих, – как участки для размещения ульев и пчел. Четвертое – удовлетворение эстетических, оздоровительных, рекреационных, культурных, спортивных и образовательных нужд человечества. Пятое – использование объектов в научно-исследовательских целях. Это набор ценностных показателей растительного мира неоднократно менялся, т.к. возникали новые ценности, другие исчезали, третьи переосмысливались и изменяли свое место в шкале ценностей. Правильность такого подхода хорошо прослеживается на примере закрепления норм по охране растительного мира в содержании нормативно-правовых актов.

Так, согласно положений “Русской правды”, растительный мир не являлся предметом правовой охраны, т.к. нормы древнего памятника права охватывали связанные с ним промыслы. Это регламентация охоты, охрана пчел, деревьев, использовавшихся для сбора мёда, бобров, отдельных видов птиц, используемых для охоты. В Статутах Великого княжества Литовского, к этому перечню добавляется охрана такого растения как хмель, за уничтожения которого устанавливаются штрафы. Имперское российское законодательство начиная с момента принятия Петровских лесных законов и до Устава Лесного 1905 г., посвящалось исключительно охране лесов. Ценностные характеристики растительного мира нашли отражение лишь в разделе, регламентирувавшем сенокосение и выпас скота. Ситуация несколько изменилась в советский период, что доказывает принятие 29 июля 1920 г. декрета Совета Народных Комиссаров УССР “Про охорону зелених насаджень в містах та інших населених пунктах України”<sup>2</sup>. Этот акт являлся первым документом, принятым в Советской Украине, который посвящался охране растительного мира и признавал ценностное значение этого природного ресурса. На нынешнем этапе развития украинского права, 9 апреля 1999 г. Верховная Рада Украины приняла закон “Про рослинний світ”, охватывающий вопросы охраны, использования, контроля, воссоздания объектов растительного мира, ответственности за правонарушения в данной сфере.

<sup>1</sup> Про рослинний світ: Закон України від 09.04.1999 р. № 591-XIV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1999. – № 22-23. – ст. 198.

<sup>2</sup> Про охорону зелених насаджень в містах та інших населених пунктах України: Декрет РНК від 29 червня 1920 р. // ЗУ УРСР. – 1922. - № 27. – ст. 405.

Таким образом на протяжении почти тысячелетнего периода ценностная характеристика растительного мира неоднократно изменялась и одновременно с этим прослеживается тенденция по ее увеличению. Такая сложная динамика правовой ценности растительного мира, подтверждает мнение российского исследователя С. В Михайлова о том, что государство придавая ценностям нормативный характер, формирует устойчивое правовое ядро, вокруг которого формируется деятельность государства и в системе с другими регуляторами обеспечивает эффективную реализацию его функций<sup>1</sup>. Исходя из этого, основной задачей государства и общества в сфере правотворчества является нормативно-правое закрепление ценностных характеристик растительного мира. С этой точки зрения закон “Про рослинний світ” 1999 г. нуждается в своем усовершенствовании путем внесения в него дополнений. Это касается фиксации конкретных сроков восстановления объектов растительного мира, внесения оплаты за их использование, более детальная регламентация порядка пополнения ботанических коллекций, охраны этого природного ресурса от незаконных посягательств.

Задачей дальнейших исследований является разработка иерархии ценностей растительного мира с выделением следующих подсистем: ценностей – целей, ценности – средства, ценностного результата.

**Светлана Головина,**  
д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой трудового права  
Уральского государственного юридического университета (Россия)  
tp@usla.ru

## **ФОРМИРОВАНИЕ ТЕРМИНОЛОГИИ ТРУДОВОГО ПРАВА ПОД ВЛИЯНИЕМ СОВРЕМЕННЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ РЕАЛИЙ**

**Т**ерминологию трудового права можно охарактеризовать как устоявшуюся систему специальных понятий, формирующую основу понятийного аппарата отрасли. Однако, как и любая система, трудовая терминология видоизменяется, совершенствуется, обогащается за счет новых категорий, большинство из которых появляются вместе с новыми правовыми конструкциями или современными правовыми технологиями в сфере управления персоналом, порожденными инновационными преобразованиями в экономике.

Только за последние два года понятийный аппарат российского трудового права пополнился несколькими новыми терминами, появление которых обусловлено новым витком развития экономических отношений и потребностью модернизации правового механизма регулирования отношений в сфере труда. Проанализируем, насколько позволяет объем данной статьи, некоторые из них.

---

<sup>1</sup> Михайлов С.В. К вопросу об определении категорий “правовая ценность” / С.В Михайлов// Философия права.,2010 - №2(39). - с. 127-131.

*Заемный труд*

Термин “заемный труд” воспринят российским законодателем из европейской практики оформления трудовых отношений через посредников, в роли которых выступают частные агентства занятости.

В России законодательное регулирование вопросов, связанных с заемным трудом, появилось с принятием Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ,<sup>1</sup> которым внесены изменения в Закон РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 “О занятости населения в Российской Федерации”, Трудовой кодекс РФ (далее – ТК РФ) и ряд других федеральных законов.

Весьма интересный терминологический подход предпринял законодатель в связи с разработкой новелл ТК РФ. Дефиницию понятия заемного труда кодекс приводит только для того, чтобы установить запрет заемного труда. В соответствии со ст. 56.1. ТК РФ заемный труд – это труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника.

Одновременно с запретом заемного труда в ТК РФ вводится новая глава 53.1. “Особенности регулирования труда работников, временно направляемых работодателем к другим физическим лицам или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала)”, которая, по сути, регулирует не что иное, как заемный труд, разрешая частным агентствам занятости направлять временно своих работников с их согласия к другому физическому лицу или юридическому лицу, которое является в данной конструкции принимающей стороной, для выполнения работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций в интересах, под управлением и контролем указанных физического лица или юридического лица.

Весьма заметно, что в данной главе законодатель тщательно избегает употребления термина “работодатель”, называя субъекта, в интересах, под управлением и контролем которого выполняется работа, “физическим или юридическим лицом”, а также “принимающей стороной”. Таким образом, с помощью терминологии делается попытка достижения вполне понятной цели – уйти от сравнения с заемным трудом. Тем не менее, схожесть формулировок ст. 56.1 ТК РФ, запрещающей заемный труд, и ст.341.1 ТК РФ, разрешающей номинальному работодателю направлять работников к другому субъекту, в той части, в которой говорится о выполнении работы “*в интересах, под управлением и контролем*” фактического “пользователя” рабочей силы, приводит к выводу о том, что законодатель предпринял весьма неудачную попытку легализовать заемный труд под маской деятельности по содействию в трудоустройстве граждан и подбору работников.

---

<sup>1</sup> Вступает в силу только с 1 января 2016 г.



*Дистанционный работник*

В 2013 г. Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ в ТК РФ была внесена новая глава 49.1 “Особенности регулирования труда дистанционных работников”. Появление этой главы было продиктовано потребностью в урегулировании взаимоотношений работодателей с так называемыми “фрилансерами”, появившимися благодаря широкомасштабному развитию информационных технологий. Новая гибкая форма дистанционной занятости получает все большую популярность, будучи выгодной как для работодателя, так и для работника, поскольку не требует от работодателя создания специального рабочего места, соответственно, допускает исполнение работником трудовых обязанностей вне работодателского контроля, установление режима труда и отдыха по собственному усмотрению. Удаленная работа в онлайн-режиме используется в таких сферах деятельности, как разработка и продвижение сайтов, дизайнерские проекты, администрирование и юридическая поддержка бизнеса, деятельность, связанная с написанием текстов (переводы, журналистика, копирайтинг и т.п.).

При формировании новой главы кодекса перед законодателем, прежде всего, встала задача сформулировать дефиниции новых для ТК РФ понятий – “дистанционный работник” и “дистанционная работа”. Совершенно очевидно, что это взаимосвязанные понятия, соответственно, их дефиниции самым непосредственным образом связаны между собой. В ст. 312.1 ТК РФ дистанционный работник определен как лицо, заключившее трудовой договор о дистанционной работе. Дефиниция понятия дистанционной работы более подробная - с указанием на два основных характерных признака. Во-первых, это работа вне места расположения работодателя - вне производственных или административных помещений, офиса, обособленных структурных подразделений (филиалов, представительств, департаментов, цехов, отделов), стационарных рабочих мест, вне территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя. Таким образом, отсутствие контроля работодателя в отношении места выполнения трудовой функции является основополагающим критерием для отнесения сотрудника к категории дистанционных работников. Во-вторых, дистанционная работа предполагает использование информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования для выполнения работником трудовой функции и коммуникаций с работодателем. Этот признак свидетельствует об ограниченной возможности использования такой нетипичной формы занятости, как дистанционный труд, поскольку им могут заниматься только работники интеллектуальной сферы деятельности, которым для выполнения их трудовой функции, связанной с использованием, обработкой, передачей информации, необходимы электронное оборудование и средства программного обеспечения. Вне места расположения работодателя могут работать только специалисты, занимающиеся исключительно умственным трудом, результаты которого оформляются в электронной форме.

Дефиниция понятия дистанционного работника позволяет отличать его от надомника, чей труд также осуществляется вне места расположения работодателя. В отличие от надомников, дистанционные работники не “привязаны” к дому, свою работу они могут выполнять в любом месте, где существует возможность использования сети “Интернет”. Результатом труда надомников является изготовленная ими материальная продукция (ст. 310 ТК РФ), которую они передают работодателю, дистанционные работники создают интеллектуальный продукт, который передается по каналам электронной связи.

#### *Эффективный контракт*

Распоряжением Правительства РФ от 26 ноября 2012 г. № 2190-р “Об утверждении Программы поэтапного совершенствования системы оплаты труда в государственных (муниципальных) учреждениях на 2012 - 2018 годы” (далее – Программа) запланирован масштабный переход на эффективные контракты работников бюджетных учреждений в целях усиления стимулирующей роли заработной платы. Трудовой кодекс РФ, в отличие от старого Кодекса законов о труде РСФСР, не оперирует понятием “контракт”, этот термин используется только в законодательстве о государственной и муниципальной службе в виде словосочетания “служебный контракт”. Поэтому возникает закономерный вопрос: эффективный контракт – это синоним трудового договора, разновидность трудового договора или некое соглашение, дополняющее традиционный трудовой договор?

В соответствии с разделом IV Программы, эффективный контракт - это трудовой договор с работником, в котором конкретизированы его должностные обязанности, условия оплаты труда, показатели и критерии оценки эффективности деятельности для назначения стимулирующих выплат в зависимости от результатов труда и качества оказываемых государственных (муниципальных) услуг, а также меры социальной поддержки. Таким образом, эффективный контракт позиционируется в указанном документе как особый вид трудового договора, в котором в отличие от обычного соглашения более подробно и обстоятельно прописывается трудовая функция работника (не просто путем указания должности, профессии, специальности, как это допускает ст. 57 ТК РФ, а перечислением конкретных должностных обязанностей работника), уточняются показатели и критерии оценки эффективности деятельности данного работника в привязке к эффективности деятельности его работодателя (для этого показатели эффективности бюджетных учреждений дезагрегируются в показатели эффективной деятельности конкретного исполнителя), устанавливается размер поощрения за достижение коллективных результатов труда. При этом работодателям не рекомендуется ограничиваться только ссылками на положения локальных нормативных актов, содержащих нормы, регулирующие вопросы осуществления выплат стимулирующего и компенсационного и характера.

С субъектом, поступающим на работу, трудовой договор заключается с

применением Примерной формы трудового договора с работником государственного (муниципального) учреждения, приведенной в приложении № 3 к Программе. С теми работниками, которые уже работают в учреждениях, финансируемых за счет государственного или муниципального бюджета, рекомендуется оформлять соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора (дополнительное соглашение к трудовому договору). Таким образом, эффективный контракт может быть оформлен как трудовым договором, так и дополнительным соглашением к трудовому договору. Это позволяет сделать вывод о том, что эффективный контракт – это, по сути, способ оформления трудового договора путем формирования его содержания с помощью конкретных показателей эффективности трудовой деятельности работника.

Представляется, что формирование содержания новых понятий трудового права будет продолжено не только на законодательном, но и на доктринальном уровне, поскольку уже сегодня ясно, что не все элементы названных понятий логично “вписываются” в терминологическую систему отрасли, некоторые из них нуждаются в дальнейшей научной проработке и нормативной корректировке с учетом требований законодательной техники и сложившейся практики формирования понятийного аппарата трудового права.

**Володимир Горбалінський,**

здобувач Національного університету державної податкової служби України  
ryabchenkouyrij@ukr.net

## **СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ФАКТОРІВ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА ПІДГОТОВКУ СУДДІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ**

**П**итанням підготовки суддів у науковій літературі останнім часом приділено значну увагу. Так, слід відмітити роботи М.Г. Мельника<sup>1</sup>, Л.В. Скоморохи<sup>2</sup>, С.Г. Штогуна<sup>3</sup>, Л.М. Москвич<sup>4</sup>, які безпосередньо приділяли увагу цим питанням. Разом із тим, їх науковий доробок стосується, переважно, питань підготовки суддів взагалі, без врахування спеціалізації конкретної судової юрисдикції.

<sup>1</sup> Мельник М. Г. Кадрове забезпечення діяльності суддів: теорія, практика, світовий досвід здійснення: моногр. / Мельник М. Г. – Львів, Компанія “Манускрипт”, 2012. – 258 с.

<sup>2</sup> Скомороха Л. В. Конституційно-правові аспекти формування професійного суддівського корпусу в Україні: сутність, механізм реалізації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Скомороха Люмила Вікторівна; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2010. – 216 с.

<sup>3</sup> Штогун С. Г. Правові проблеми організації і функціонування місцевих загальних судів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Штогун Сергій Григорович; Національний університет “Острозька академія”. – Х., 2004. – 247 с.

<sup>4</sup> Москвич Л. М. Організаційно-правові проблеми статусу суддів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Москвич Лідія Миколаївна; Нац. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. – Х., 2003. – 241 с.

Вказаними вченими також не проводилось комплексного дослідження чинників, що впливають на підготовку суддів, зокрема і суддів адміністративного суду. Як правило, приділялась увага побудові загальної моделі підготовки суддів<sup>1</sup>, або зверталась увага на окремі проблемні питання такої підготовки<sup>2</sup>.

Водночас, необхідність врахування специфіки здійснення правосуддя у сфері певної судової юрисдикції при підготовці суддів не викликає сумніву. Врахування ж факторів, які впливають на підготовку суддів може зумовити побудову відповідної моделі підготовки судді, правильний вибір якої є вкрай важливим<sup>3</sup>. Недостатня увага до проблем навчання суддів призводить на практиці до виникнення окремих проблем із їх підготовкою, зокрема щодо: регламентації перепідготовки суддів, врахування при підготовці суддів специфіки їх майбутньої діяльності, власне організації процесу підготовки тощо. Тому дослідження вказаних факторів уявляється актуальним.

Аналіз чинного законодавства, а також наукових праць вказаних вище та інших осіб щодо досліджуваної проблематики дає підстави виділяти достатньо широке коло таких факторів різного рівня, наприклад: коло та правовий статус установ, що здійснюють навчання суддів, модель такого навчання суддів, якість кадрового забезпечення, наявність відповідних навчальних програм тощо. За таких обставин неминуче виникає питання щодо систематизації таких факторів за певними критеріями. Вибір цих критеріїв зумовлюється необхідністю системного уявлення про систему підготовки суддів в Україні, що є необхідним для усунення зазначених вище практичних проблем.

Центральним поняттям щодо вказаних факторів є поняття “підготовка суддів”. М.Г. Мельник, характеризуючи напрями вдосконалення цієї підготовки, визначає чотири стратегічні напрями розвитку Національної школи суддів України: 1) навчально-адаптаційний; 2) кадровий та науковий; 3) комунікативний; 4) забезпечувальний<sup>4</sup>. Вчений надає власне бачення кожному з напрямків. Так, реалізацію першого напрямку вчений вбачає, передусім, у забезпеченні навчального процесу, зокрема розробку та вдосконалення відповідних навчальних програм, а також забезпечення актуальності навчальних та методичних

---

<sup>1</sup> Там само, с. 156-178.

<sup>2</sup> Мельник М. Г. Кадрове забезпечення діяльності суддів: теорія, практика, світовий досвід здійснення: моногр. / Мельник М. Г. – Львів, Компанія “Манускрипт”, 2012. – С. 63, 64, 209. (258 с.); Москвич Л. М. Організаційно-правові проблеми статусу суддів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Москвич Лідія Миколаївна; Нац. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. – Х., 2003. – С. 160, 163. (241 с.)

<sup>3</sup> Серeda Г. Сучасна модель підготовки суддів та прокурорів / Серeda Г. // Актуальні проблеми професійної підготовки суддів, прокурорів та працівників правоохоронних органів: зб. мат-лів міжнар. наук-практ. конф., м. Київ, 23 квітня. 2009 р. – Київ: Генеральна академія прокуратури України, Національна академія прокуратури України, 2009. – С. 7. (80 с.)

<sup>4</sup> Мельник М. Г. Кадрове забезпечення діяльності суддів: теорія, практика, світовий досвід здійснення: моногр. / Мельник М. Г. – Львів, Компанія “Манускрипт”, 2012. – С. 66. (258 с.)

матеріалів, зокрема шляхом моніторингу чинного законодавства<sup>1</sup>. В рамках реалізації другого напрямку зазначається, зокрема, про необхідність комплектування посад науково-викладацького складу провідними вченими-юристами, а також розвитку постійної їх взаємодії із судами<sup>2</sup> тощо. Уявляється, що наведені М.Г. Мельником заходи можуть бути охарактеризовані також і як фактори, що впливають на підготовку судді, зокрема і адміністративного суду. Окрім зазначеного, можна також навести такі фактори, як належне матеріально-технічне оснащення навчального процесу, матеріальне забезпечення слухачів, наявність зв'язків закладу, що здійснює підготовку суддів з іншими навчальними закладами тощо. Зазначені фактори мають безпосередній вплив на підготовку суддів.

Як впливає з п. 5 Преамбули, а також п.п. 1.3, 2.3 Європейської хартії про закон “Про статус суддів” від 10.07.1998 р.<sup>3</sup>, незалежність органу, що має вирішальний вплив щодо підготовки суддів, від виконавчої та законодавчої влад розглядається в європейському законодавстві як важлива гарантія незалежності суддів. З цією позицією неможна не погодитись. Якщо діяльність суддів є самостійною по відношенню до органів інших гілок влади, то відповідною за своїм характером повинна бути їх підготовка. Зазначене впливає, передусім, на модель підготовки суддів, що має критичне значення для розробки навчальних програм та побудови такої підготовки в цілому<sup>4</sup>. Отже, слід визнати наявність двох груп факторів, що впливають на підготовку судді, зокрема і судді адміністративного суду: 1) фактори, що мають безпосередній вплив на таку підготовку; 2) фактори, що впливають на неї опосередковано. До другої групи слід віднести також організацію добору кандидатів на посаду судді.

Як вже зазначалось вище, відсутність комплексної уваги до проблематики факторів, що впливають на підготовку судді зумовила наявність на практиці окремих проблем щодо такої підготовки, зокрема щодо підготовки суддів адміністративних судів. Мова йде про спеціалізацію підготовки<sup>5</sup>, що передбачає відповідність її спрямованості специфіці подальшої роботи судді. Відповідно до ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV (далі – КАС України)<sup>6</sup>, у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяль-

<sup>1</sup> Там само, с. 63.

<sup>2</sup> Там само, с. 64.

<sup>3</sup> Європейська хартія про закон “Про статус суддів” від 10.07.1998 р. // Судова практика. – 2011. – 00. – № 3.

<sup>4</sup> Серeda Г. Сучасна модель підготовки суддів та прокурорів / Серeda Г. // Актуальні проблеми професійної підготовки суддів, прокурорів та працівників правоохоронних органів: зб. мат-лів міжнар. наук-практ. конф., м. Київ, 23 квітня. 2009 р. – Київ: Генеральна академія прокуратури України, Національна академія прокуратури України, 2009. – С. 7–12. (80 с.)

<sup>5</sup> Москвич Л. М. Організаційно-правові проблеми статусу суддів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Москвич Лідія Миколаївна; Нац. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. – Х., 2003. – С. 172. (241 с.)

<sup>6</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV: за станом

ності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи відповідають вони таким вимогам, як зокрема обґрунтованість, добросовісність, розсудливість, пропорційність. Відповідь на такі питання потребує наявності у судді знань не тільки законодавства, але й ділової практики у певній сфері, а в деяких випадках – навіть певного рівня спеціальних знань. Враховуючи принципи відмінності у вказаних питаннях у таких сферах, як скажімо, культура, природознавство, техніка, нагальним постає питання правового забезпечення додаткової спеціалізації при підготовці суддів адміністративних судів.

Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 18 Закону України “Про третейські суди” від 11.05.2004 р. № 1701-IV<sup>1</sup>, в окремих випадках критичного значення набуває наявність у третейського судді певної кваліфікації. У світлі наведеного вище, зокрема щодо критеріїв, передбачених ч. 3 ст. 2 КАС України актуальності набуває питання особливостей підготовки для зайняття посади судді адміністративного суду особою, яка перед тим, як виявила бажання зайняти таку посаду, тривалий час працювала на керівних посадах в органах державної влади, а отже має глибокі знання щодо ділової практики у певній сфері, а в окремих випадках – і спеціальні знання. Крім того, така особа, як правило, має достатньо ґрунтовні знання загальноправового характеру. Наявність таких знань здатна суттєвим чином підвищити якість здійснення правосуддя такою особою за умови проходження передбаченої законом підготовки. Враховуючи наведене, доцільним уявляється передбачити у законодавстві особливості проходження такими особами порядку призначення на посаду судді, що передбачено ст. 66 Закону України “Про судоустрій та статус суддів” від 07.07.2010 р. № 2453-VI<sup>2</sup>, в напрямку його спрощення.

**Павло Горбаченко,**  
здобувач кафедри кримінального права та процесу  
Національної академії Служби безпеки України  
pagorbachenko87@ukr.net

## **ТЕОРЕТИЧІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ “НАРКОБІЗНЕС” ТА “ОРГАНІЗОВАНИЙ НАРКОБІЗНЕС”**

**Д**ослідження проблем боротьби з наркобізнесом на даний час залишаються достатньо актуальними, адже сьогодні це негативне явище являє собою одну з найпробудковіших складових організованої злочинності.

---

на 15 квіт. 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32 (26.08.2005). – Ст. 1918 (із змінами).

<sup>1</sup> Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 р. № 1701-IV: за станом на 16 жовт. 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 23 (25.06.2004). – Ст. 1540 (із змінами).

<sup>2</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI: за станом на 08 квіт. 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900 (із змінами)

Глобалізація соціальних та економічних процесів породила і глобалізацію злочинності, яка робить її все більш організованою, транснаціональною і витонченою. Кримінальні співтовариства значно швидше, ніж державні системи різних країн реагують на розвиток усіх типів комунікацій, на будь-які пом'якшення прикордонного контролю та полегшення пересувань.<sup>1</sup>

Крім того, сьогодні наркобізнес досить тісно пов'язаний з міжнародним тероризмом, сепаратизмом та екстремістською діяльністю, корупцією, а також становить загрозу національній безпеці будь-якої держави, економічній стабільності та політичній системі.

Стратегія державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року (схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 серпня 2013 року № 735) залишається єдиним нормативно-правовим актом в законодавстві України, який містить, хоча й доволі загальне, але таке, що конкретно підкреслює основні його характерні ознаки, визначення поняття “наркобізнес”. Так, Стратегія визначає наркобізнес як організовану злочинну діяльність, різновид незаконної підприємницької діяльності, що паразитує за рахунок осіб, які зловживають наркотиками, і провадиться у вигляді промислу з метою наживи<sup>2</sup>.

У свою чергу, визначення поняття “організований наркобізнес” в законодавстві України на даний час відсутнє.

Водночас, провідними вченими, у рамках дослідження організованої злочинності, неодноразово здійснювалися спроби дати наукове визначення згаданим поняттям.

Так, ще у 1993 році М. Хруппа та О. Вінс розглядали наркобізнес також як самостійну галузь підпільного підприємництва, що паразитує на такому людському пороку, як зловживання наркотиками. З їхньої точки зору, ця підприємницька діяльність характеризується:

- створенням так званого “підприємництва”, тобто започаткування однією чи кількома особами справи (заняття), спрямованої на одержання незаконних доходів від нелегального виробництва і торгівлі наркотичними засобами;
- утворенням злочинного угруповання (сім'ї) для виконання відповідних “технічних” операцій, необхідних для даної справи;
- спрямуванням всіх видів діяльності по виробництву, доставці та реалізації наркотиків у єдиний “технологічний” ланцюжок і контроль над цим;
- організацією мережі збуту (“завоювання” чорного ринку чи створення його шляхом втягнення осіб у немедичну наркотизацію);

---

<sup>1</sup> Овчинский В.С. XXI век против мафии. Криминальная глобализация и Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности / В.С. Овчинский. – М.: ИНФРА-М, 2001. – С. 5.

<sup>2</sup> Стратегія державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 серпня 2013 року № 735 // Офіційний вісник України 2013, № 76 від 11.10.2013, ст. 2829.

- тривалістю заняття такою злочинною діяльністю у вигляді промислу;
- одержанням надприбутків;
- захистом від конкуруючих злочинних угруповань та правоохоронних органів;
- проникненням у законний бізнес, тобто “відмиванням брудних” грошей, шляхом злочинно одержаних доходів у діяльність різного роду фірм, компаній і підприємств з метою створення уявлення про законний характер одержання цих доходів<sup>1</sup>.

А.А. Беседін пропонував доповнити Кримінальний кодекс України (далі – КК України) визначенням поняття “наркобізнесу” як протиправної діяльності, пов’язаної із вирощуванням (заготівлею) наркотичних рослин, виробництвом, транспортуванням наркотичних засобів, торгівлею ними з метою наживи та передбачити сувору кримінальну відповідальність за такий небезпечний злочин<sup>2</sup>.

В.А. Тимошенко визначає наркобізнес як суспільно небезпечну злочинну діяльність, яка передбачає участь суб’єктів організованих злочинних угруповань в незаконних операціях з наркотиками з метою наживи<sup>3</sup>.

В.Б. Івасенко зазначає, що наркобізнес – це суспільно небезпечна протиправна підприємницька діяльність, здійснювана організованою злочинністю, спрямована на одержання максимального прибутку у сфері незаконного виробництва, транспортування (у тому числі контрабанди) та збуту наркотиків і небезпечна для економічних, політичних та соціальних засад держави та суспільства<sup>4</sup>.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок, що у будь-якому випадку визначення поняття наркобізнесу має охоплювати собою протиправну підприємницьку діяльність у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, що спрямована на отримання стабільного прибутку з метою його використання в злочинних цілях.

Водночас, наркобізнес як протиправну підприємницьку діяльність у сфері незаконного обігу наркотичних засобів можна розглядати і як самостійну діяльність конкретної особи. Зокрема, особа, яка з метою свого особистого збагачення виробляє або виготовляє, наприклад, наркотичні засоби, а потім їх збуває особам, які вживають ці наркотичні засоби, фактично скоює злочин,

<sup>1</sup> Хруппа М., Вінс О. Кримінологічне поняття наркобізнесу / М. Хруппа, О. Вінс // Право України. – 1993. № 4, С. 25-27.

<sup>2</sup> Беседін А.А. О совершенствовании законодательства по борьбе с наркобизнесом / А.А. Беседін // Правова система України: Теорія і практика. Тези допов. і наук. повідомл. наук.-практ. Конференції (Київ, 7-8 жовтня 1993). К., 1993. – С. 372-373.

<sup>3</sup> Тимошенко В.А. Наркобізнес: національна та міжнародна протидія новим викликам: Монографія. / В.А. Тимошенко. – К., 2006. – С. 23-24.

<sup>4</sup> Організований наркобізнес (поняття, форми, підстави кримінальної відповідальності) / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Л.В. Дорош та ін.; За заг. ред. Ю.В. Бауліна, Л.В. Дорош. – Х.: Право, 2005. – С. 12.



передбачений статтею 307 КК України, та по суті займається індивідуальним наркобізнесом.

Відтак, щоб наркобізнес набув організованої форми виявляється недостатнім того, щоб такою протиправною підприємницькою діяльністю займалась одна особа.

Вчені Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України зробили висновок, що організований наркобізнес – це передбачена КК України попередньо обумовлена взаємна діяльність двох або більше осіб, що пов'язана з виробництвом, переміщенням та збутом наркотиків з метою одержання та легалізації злочинних доходів<sup>1</sup>.

Разом з тим, відповідно до частини 1 статті 1 Закону України “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю” сьогодні під організованою злочинністю розуміється сукупність злочинів, що вчиняються у зв'язку з створенням та діяльністю організованих злочинних угруповань<sup>2</sup>.

Видатний український кримінолог А.П. Закалюк аналізуючи визначення організованого наркобізнесу зазначав, що організованість дійсно є ознакою наркобізнесу, однак єдине, що викликає зауваження, – це зумовлення віднесення наркобізнесу до організованої злочинності через ознаку організованості, оскільки наркобізнес набуває властивостей організованої злочинності у разі здійснення у формі організованої злочинної діяльності, тобто у разі набуття ним ознак останньої. При цьому, видається необґрунтованим віднесення до організованої злочинності діяльності груп осіб за попередньою змогою тому, що в останніх рівень організованості кваліфікується нижчим, ніж в організованих злочинних групах, а головне визначальним для такого віднесення є насправді не міра організованості, а наявність у діяльності угруповання ознак організованої злочинної діяльності. У разі набуття наркобізнесом ознак організованої злочинної діяльності він стає різновидом організованої злочинності<sup>3</sup>.

Отже, слід зробити висновок, що організований наркобізнес являє собою суспільно небезпечну, протиправну діяльність, якій притаманні ознаки організованої злочинної діяльності, спрямовану на одержання прибутків від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів.

Зважаючи на те, що організований наркобізнес беззаперечно є глобальною проблемою сучасності, організації скоординованих дій у боротьбі з ним потребують не лише відповідні державні та правоохоронні органи, громадські

---

<sup>1</sup> Там само. – 14.

<sup>2</sup> Закон України “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю” // Відомості Верховної Ради України 1993, № 35 від 31.08.1993, ст. 358.

<sup>3</sup> Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: У 3 кн. / А.П. Закалюк. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2007. Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – С. 431-432.

та благодійні організації, заклади охорони здоров'я, а й усе суспільство та міжнародне співтовариство. Успішна боротьба з цим небезпечним явищем, що загрожує національній безпеці будь-якої держави та зменшення його негативних наслідків, полягає, насамперед, у максимально результативному розслідуванні злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, враховуючи їх достатньо високу латентність, як відзначають більшість провідних вчених, та виробленні ефективної системи запобігання таким злочинам.

**Катерина Губар,**

аспірантка відділу історико-правових досліджень  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
dita69@ukr.net

## МІСЦЕ ЮРИДИЧНИХ ЗНАНЬ В АКАДЕМІЧНИХ ПРОГРАМАХ П. І. ЛІНИЦЬКОГО

Наступником Києво-Могилянської академії (далі – КМА) була Київська духовна академія (далі – КДА), що акумулювала найкращі здобутки та досягнення КМА як найпершого осередку просвітництва на теренах східної Європи. Важливою складовою навчального процесу Академії були професорські курси, які характеризувалися неабиякою систематизацією, комплексністю та збалансованістю наукового матеріалу, а тому й містили питання різноманітних галузей знань. Разом із богословською, філософською та історичною частинами, в курсах професорів КДА належне місце відводилось і суто правовій складовій. Зауважимо, що до питань держави і права в Академії звертались не лише у вивченні юридичних дисциплін, як то церковного та канонічного права. Відповідна проблематика порушувалась під час викладання й філософських дисциплін, зокрема курсу “історії філософії”, саме тому вивчаючи доробок того чи іншого мислителя професори належну увагу приділяли й державно-правовим поглядам досліджуваної постаті. Відтак у цій статті ми маємо на меті приділити увагу саме юридичній компоненті професорських програм, а саме: проаналізувати філософські курси знаного професора КДА П. І. Ліницького. Почнемо з короткого викладу його творчої біографії.

**Петро Іванович Ліницький** (1839–1906) – заслужений ординарний професор КДА, доктор богослов'я, дійсний статський радник. Був сином священика Харківської єпархії. Освіту здобув у Охтирському духовному училищі, Харківській духовній семінарії та в КДА. Останню закінчив 1865 р. із званням магістра богослов'я. В тому ж році був обраний та затверджений на посаді викладача філософських наук КДА. Від 13 січня 1867 р. – бакалавр Академії. 13 червня 1869 р. на основі нового академічного статуту перекваліфікований у доцента. Від 18 травня 1871 р. – екстраординарний професор, а від 7 січня

1877 р. після представлення і публічного захисту дисертації “Вчення Платона про Божество”<sup>1</sup> – доктор богослов’я. 30 квітня того ж року затверджений у званні ординарного професора. До 1887 р. обіймав у КДА кафедру історії філософії, а 16 серпня 1887 р. за власним бажанням був переміщений на кафедру логіки та метафізики.

Крім того, через відсутність викладачів або їхню хворобу, за дорученням ради Академії тимчасово викладав логіку (у 1870/1 та 1886/7 навч. роках), метафізику (1871/2 та 1878/9), педагогіку (1872/3) і патрологію (1876/7 і 1877/8). Від 17 січня 1897 р. і до самої смерті був членом академічного правління.<sup>2</sup>

Автор праць “Загальний погляд на філософію” (“Общий взгляд на философию”, 1867 р.), “Моральні та релігійні поняття давніх грецьких філософів” (“Нравственные и религиозные понятия древних греческих философов”, 1870 р.), “Слов’янофільство та лібералізм” (“Славянофильство и либерализм”, 1882 р.), “Критичний огляд звичайних поглядів і суджень про різні види суспільної діяльності та засади суспільного благоустрою” (“Критическое обозрение обычных взглядов и суждений о различных видах общественной деятельности и началах общественного благоустройства”, 1884 р.), “Ідеалізм та реалізм. Історико-критичний огляд” (“Идеализм и реализм. Историко-критическое обозрение”, 1884–1888 р.), та ін.<sup>3</sup>

Ідеї, висвітлені у цих працях, професор доносив до студентів й під час безпосереднього викладання курсу історії філософії в Академії. Про це, зокрема, свідчать складені П. І. Лiniцьким навчальні програми означеної дисципліни за 1873–1887 рр. Перший віднайдений нами курс має назву “Конспект лекцій з історії філософії студентам КДА 1 і 2-го курсів, протягом навчального 1873/4 року”<sup>4</sup>. Зазвичай програми професора складались із певних періодів: спочатку вивчалась історія давньої грецької філософії, в якій перший період стосувався іонійської школи, другий – софістів та Сократа, а от ця хронологічно перша програма починалась відразу від третього періоду, який охоплював неоплатонізм, іудейсько-олександрійську філософію та християнство. Але ми маємо на меті звернути увагу саме на її юридичну складову. Тому, зауважимо, що при характеристиці вчення Спінози, професор досліджував питання моралі і державного права<sup>5</sup>. Цікавим є розділ під назвою “Вчення про моральність і державне життя англійських моралістів і дійств. Локк, Гоббс, Мандевіль та

<sup>1</sup> Лiniцкий П. Учение Платона о божестве. – К.: Тип. С. Т. Еремеева, 1876.

<sup>2</sup> Кудрявцев П. П. Профессор Петр Иванович Лiniцкий (умер 12 июня 1906 года) // Труды Киевской Духовной Академии. – 1906. – август-сентябрь. – С. 737–738.

<sup>3</sup> Лiniцкий (Петр Иванович) // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. – Т. XVII А (34), Ледь – Лопарев. – СПб.: Семеновская Типолитография (И. А. Ефрона), 1896. – С. 706–707.

<sup>4</sup> Центральний державний історичний архів України, м. Київ (далі – ЦДІАУК). – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 1082. – Арк. 30.

<sup>5</sup> Там само. – Арк. 32.

ін.” Достатньо уваги П. І. Ліницький приділяв матеріалізму, аналізував праці “Людина-машина” Ламетрі, систему природи Гольбаха, досліджував вчення про людину, моральність, державу, та про заперечення релігії. В історії новітньої філософії викладалося вчення Канта, Фіхте, Шеллінга та Гегеля<sup>1</sup>.

Наступна програма професора “Огляд викладань з історії філософії 1 та 2 курсів в 1875/76 н. р.”<sup>2</sup> стосувалась історії нової філософії та майже не зазнала змін, порівняно із попередньою. Зауважимо тільки, що певним чином змінились назви розділів. Зокрема частина, що у попередній програмі характеризувала вчення англійських деїстів і моралістів дещо розширилась та стала називатись “Загальна характеристика політичних і моральних вчень XVII ст. в Англії. Гоббс, Локк, Шефтсбері, Хатчесон, Адам Сміт, Мандевіль”.

Не можемо оминати увагою й “Програму з історії філософії для 1–2 курсу за 1878/79 навч. рік”<sup>3</sup> П. І. Ліницького, яка складається зі вступу та історії давньої філософії. Після розгляду іонійської, егейської шкіл та вчень Піфагора, Геракліта, Емпедокла, атомістів, софістів (Протагора та Горгія), професор переходить до дослідження вчень Сократа. Але важливішою для нас є частина програми, що стосується вивчення доробку Платона та Арістотеля.

Відтак при розгляді Платонових ідей професором порушувалися питання про етику і політику, про різні сили душі, про чесноти, про єдність чесноти і блага. Окремо аналізувалась Платонова концепція держави. Досліджувалась справедливість як принцип державного життя, поряд із цим вивчався державний устрій. Також приділялась увага питанням виховання, потім аналізувались різні форми державного устрою, засновані на несправедливості.

Після осягнення ідей Платона, студенти переходили до вивчення доробку Арістотеля, зокрема, поміж іншими працями мислителя, досліджували трактат “Політика”, належну увагу приділяли характеристиці таких понять, як сім’я, громада та держава. Аналізувались також сімейні відносини. Визначалися принципи державної єдності та риси найкращого устрою держави.

Поступово професор переходив до третього періоду історії грецької філософії, в якому досліджував епікуреїзм, стоїцизм та скептицизм. А четвертим періодом у цій програмі стало вивчення іудейсько-християнських філософських вчень, неоплатонізму (зокрема, вивчали ідеї Плутарха, Плотіна та ін.)<sup>4</sup>

Вартий уваги й “Огляд викладання з історії філософії студентам 1 і 2-го курсів за 1880/81 навч. рік”<sup>5</sup> П. І. Ліницького. Ця програма так само, як і попередня, починається із історії давньої грецької філософії, в якій перший період стосується іонійської школи, а другий – софістів та Сократа. Вивчення поглядів Платона на державу не зазнало змін порівняно з попередньою програмою.

<sup>1</sup> Там само. – Арк. 33.

<sup>2</sup> Там само. – Спр. 1187. – Арк. 29.

<sup>3</sup> Там само. – Спр. 1321. – Арк. 19.

<sup>4</sup> Там само. – Арк. 20.

<sup>5</sup> Там само. – Спр. 1465. – Арк. 17.

Дещо розширилось вивчення державно-правових ідей Арістотеля. Так, у розділі про політику аналізувались: поняття про державу, мета державного життя, різні форми суспільного союзу, різноманітні види державних установ. Також визначались риси найкращої держави та характеризувалась освіта як така<sup>1</sup>.

Програма від 24 квітня 1884 р. має назву “Огляд викладання студентам перших двох курсів з історії філософії протягом 1883/84 навч. року”<sup>2</sup>. Вона починається з огляду філософії схоластичної та переходить в історію нової філософії. Щодо юридичної складової, то у програмі міститься окремий розділ під назвою “Спіноза. Теорія права і морального вчення Спінози”. Також є й інший цікавий розділ, що має назву “Теорія права та моральності”, в якому, зокрема, вивчались погляди Гоббса та Камберленда. Також значна увага приділялась поглядам Локка щодо натурального стану та походження держави. В контексті означеного розділу досліджувались ідеї Шефтсбері, Хатчесона та Мандевіля<sup>3</sup>.

Досліджуючи “Конспект по історії нової філософії від 7 травня 1886/87<sup>4</sup> навч. року” П. І. Ліницького, маємо зазначити, що в ньому розглядались вчення тих самих філософів, що були представлені вище. Також зауважуємо, що відповідна програма меншою мірою стосувалась розкриття державно-правових проблем, порівняно із окресленими вище.

Отже, у програмах П. І. Ліницького належне місце відводилось поглядам різних мислителів на державно-правові явища. Це підтверджує, що питання держави та права у КДА вивчалися не лише в курсах церковного та канонічного права, а й під час опанування інших дисциплін, зокрема історії філософії.

**Надія Дроздович,**  
к.ю.н., помічник судді Верховного Суду України,  
sunrise.nadin@gmail.com

## **РОЛЬ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА У ФОРМУВАННІ ДОВІРИ ГРОМАДЯН ДО СУДДІВСЬКОГО КОРПУСУ**

Сучасний стан вітчизняного судочинства обумовлений попередніми реформаційними процесами, суспільно-політичною ситуацією в країні та незмінно стабільною недовірою громадян до суду як державної влади у сфері правосуддя. І хоча відповідні оновлення нормативних засад судової системи, починаючи з 2010 року, власне спрямовувалися на підвищення авторитету су-

---

<sup>1</sup> Там само. — Арк. 18.

<sup>2</sup> Там само. — Спр. 1603. — Арк. 34.

<sup>3</sup> Там само. — Арк. 35.

<sup>4</sup> Там само. — Спр. 1792. — Арк. 31.

дової гілки влади та спрощення доступу до правосуддя, загальновідомі події кінця 2013 початку 2014 років розвіюють цю ілюзію<sup>1</sup>.

Попри здобутки і втрати останніх за часом реформаційних процесів, й у сфері кримінального судочинства зокрема, показником ефективності функціонування судової гілки влади є рівень довіри до неї населення. Вимоги українського суспільства проведення люстрації в судових органах та активізація законопроектної роботи у цьому напрямку переконують у існуванні кризи авторитету суддівського корпусу з боку громадян держави<sup>2</sup>.

Одним із шляхів подолання цього автор вбачає у розширенні впровадження засад гласності кримінального процесу під час судочинства, а саме, у практичній реалізації механізмів здійснення принципу в конкретних кримінальних провадженнях.

Першочергово слід акцентувати увагу на тому, що з-поміж усіх принципів кримінального судочинства саме принцип гласності вирізняється особливим значенням для правової культури населення, що пояснюється його змістом як поняття та принципу кримінального процесу.

У сучасній доктрині чисельність наукових пошуків змісту гласності є значною. Цій темі в різних аспектах присвячували свої дослідження В.А. Кройтор, В.П. Нагребельний, А.Т. Комзюк, В.М. Бевзенко, Р.С. Мельник, М.А. Кузьміна, В.М. Шерстюк, О.Г. Фоменко, Г.П. Тимченко, В.Т. Маляренко, В.М. Беднарська, І.Л. Безпалько, П.М. Гутник, В.В. Городовенко, І.М. Сірий, В.В. Король та інші. Водночас у розумінні принципу гласності досі не досягнуто єдності щодо повноти змісту, окремих аспектів, його співвідношення з іншими принципами здійснення кримінального судочинства. Все ж, узагальнюючи аналітичну інформацію про зміст гласності, найбільш обґрунтованими видаються висновки про те, що слід розрізняти гласність для сторін (внутрішня гласність) і гласність для суспільства (зовнішня гласність). Такі положення є відправним пунктом у визначенні ролі принципу гласності кримінального судочинства для підвищення авторитету суду у суспільстві, оскільки його реалізація обумовлює виховний вплив процесу на присутніх у залі та поза його межами й формування правосвідомості населення, довіри до правосуддя.

Так, В.В. Назаров та Г.М. Омеляненко зазначають, що гласність є своєрідним громадським контролем за діяльністю суддів, прокурорів, слідчих, адвокатів, що підвищує у них почуття відповідальності за перебіг і результати процесу, позитивно впливає на етику взаємовідносин осіб, які беруть участь у справі,

<sup>1</sup> Пояснювальні записки до Проекту № 6450 від 31.05.2010 р. Закону України “Про судустрій і статус суддів” та Проекту Кримінального процесуального кодексу України № 9700 від 13.01.2012р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документів : <http://w1.c1.rada.gov.ua/>

<sup>2</sup> Закон України “Про відновлення довіри до судової влади в Україні” від 8.04.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://zakon2.rada.gov.ua/>; Проект Закону України “Про люстрацію в Україні” № 4678-1, зареєстрований 15.04.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/>

посередньо, але досить відкрито сприяє підвищенню професійної кваліфікації суддів, прокурорів, адвокатів завдяки крашому баченню у таких умовах своїх помилок і похибок, а також позитивних актів діяльності<sup>1</sup>.

Представники харківської школи кримінального процесу вказують, що гласність можна розглядати як: засіб підвищення рівня виховного впливу судового процесу на присутніх; спосіб публічного контролю з боку суспільства, громадськості за судовою владою; одну із гарантій забезпечення законності діяльності суду, постановлення ним законних та обґрунтованих рішень<sup>2</sup>.

Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував, що гласний розгляд справи має своєю метою як захист учасників судового розгляду від випадків правосуддя, що здійснюється таємно, без контролю з боку громадськості, так і стимулювання довіри громадськості до суду як такого<sup>3</sup>. Здійснення правосуддя в умовах гласності є більш прозорим і сприяє справедливому судовому розгляду, що є характерною рисою будь-якого демократичного суспільства<sup>4</sup>.

Отже, очевидним є взаємозв'язок між розширенням засади гласності у кримінальному процесі та підвищенням рівня правової культури населення, його правосвідомості та підвищення довіри громадян до вітчизняного суду. За змістом КПК України 2012 року таке розширення зовнішньої гласності фактично відбулося. Нормативно у статті 20 КПК України 1960 року гласність визначалася з огляду на форму судового розгляду (відкритий чи закритий). Зміст же чинного КПК України у статті 27 включає інформативну складову (право на усну і письмову інформацію щодо результатів судового розгляду, ознайомлення з процесуальними рішеннями, отримання їх копій, інформації про дату, час та місце судового розгляду та про ухвалене рішення), регламентацію форми судового розгляду (відкритий чи закритий розгляд) та фіксацію ходу процесу звукозаписуючими технічними засобами. Окрім того, в КПК України міститься норма про пріоритетність присутності у судовому засіданні близьких родичів та членів сімей обвинуваченого, потерпілого та представників засобів масової інформації (стаття 328). Також регламентується порядок проведення дистанційного судового провадження шляхом проведення відеоконференції (стаття 336).

Таким чином, нормативний зміст цілком відповідає потребам часу, враховує сучасні технічні можливості, однак не містить супутніх механізмів, які

<sup>1</sup> Назаров В.В., Омеляненко Г.М. Кримінальний процес України : [підручник] / В.В. Назаров, Г.М. Омеляненко. – К.: Юридична думка, 2005. – 548с. – С.52.

<sup>2</sup> Кримінальний процес : [підручник] / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.]; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х.: Право, 2013. – 824с. – С.91

<sup>3</sup> Рішення Європейського суду з прав людини “Мельхоус проти Чеської республіки” від 12.07.2001 р. // Вісник Верховного Суду України, 2002 р., № 3.

<sup>4</sup> Рішення Європейського суду з прав людини “Ковальов (Kovalev) проти Російської Федерації” від 10.05.2007 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://www.srji.org/resources/>

б забезпечили реальне втілення таких ідей. Зокрема, залишаються не вирішеними питання побутових умов здійснення правосуддя, а саме, неможливість розміщення у залах судових засідань не лише громадськості, а подекуди й всіх учасників процесу. Окрім того, в аспекті розміщення у залах судового засідання громадськості слід відзначити необхідність розрізнення відкритість судового розгляду справи як форми процесу та право на вільний доступ до зали судового засідання, який справді не завжди спроможний вмістити всіх бажаючих. Так, наприклад, у справі Гоч проти Туреччини Європейський суд з прав людини визнав відсутність публічного слухання через те, що воно було відкрите лише для сторін та їх представників, оскільки громадськість не була допущена до зали судового засідання і справа не отримала належного громадського контролю<sup>1</sup>

Одним із важливих векторів розвитку принципу гласності з метою підвищення авторитету суду є вивчення питань практичної реалізації цієї засади в ході виконання судових функцій слідчого судді. Особлива оперативність виконання таких обов'язків, обумовлених характером діяльності та змістом вирішуваних слідчим суддею питань, а також стислі терміни їх розгляду породжують об'єктивні ускладнення для повноцінного забезпечення зовнішньої гласності в такому провадженні. Водночас зазначені обставини не виключають обов'язку повідомляти у встановлені законом строки сторін про дату, час і місце розгляду клопотань слідчим суддею.

Визначальним є і те, що загальна гласність здатна породжувати не лише позитивні наслідки для правосуддя у вигляді контролю з боку громадськості, а й містить об'єктивні ризики присутності на судовому розгляді широкого кола публіки та можливість негативного впливу громадськості на процес доказування. Звісно, що не будь-яка форма присутності громадян у судовому засіданні справляє саме такий вплив, проте і його не варто ігнорувати. Так, у попередніх наукових публікаціях автора статті обґрунтовувалося, що громадські акції у вигляді мітингів, пікетів, блокування об'єктів є негативним фактором впливу на формування внутрішнього переконання судді у кримінальному процесі, таким, що зміщують увагу судді з фактичних обставин справи на соціальні та політичні умови, пов'язані із тиском громадськості та можуть призвести до упередженості в оцінці доказів. Подібний вплив громадськості у згаданих вище проявах чи у разі присутності у залі судового засідання представників окремих активних громадських груп чи політичних партій здатен детермінувати й поведінку учасників судового провадження, які внаслідок страху, підвищеного хвилювання не здатні пригадати всі обставини справи, повідомити в повній мірі всю відому їм інформацію, а отже, достовірність повідомлених ними даних стає сумнівною<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Рішення Європейського суду з прав людини “Гоч проти Туреччини” від 11.07.2002 р. // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі., 2002 р., № 3.

<sup>2</sup> Дроздович Н.Л. Формування внутрішнього переконання судді у кримінальному процесі України : [монографія] / Н.Л. Дроздович; [наук. ред. М.І. Сірій]. – К. : Наук. світ, 2013. – 120с. – С.94; Дроздович Н.Л. Позитивні та негативні чинники формування вну-



Отже, лише рівнозначність та виваженість у питаннях доступу громадськості до судового провадження в аспекті забезпечення гласності кримінального судочинства сприятиме підвищенню авторитету суду.

**Ярина Дупай,**  
аспірантка відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
iarynadupai@ukr.net

## **ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЯК ЕФЕКТИВНА ДІЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА**

Одним із важливих аспектів конституційної презумпції невід’ємності прав і свобод людини та громадянина виступає принцип “правової визначеності”. Як складовий елемент поняття “верховенства права”, даний принцип сформувався в рішеннях європейських судів і виступає одним із найважливіших досягнень сучасності та необхідною складовою нормативно-правової конструкції будь-якої цивілізованої держави. Цей принцип, який іноді іменують “юридичною безпекою”, або “правовою стабільністю” широка концепція, стрижнем якої є передбачуваність.

Актуальність визначеності у правовій системі держави зазначав ще відомий дореволюційний теоретик права І. Покровський: “одне з перших і найбільш суттєвих вимог, які пред’являються до права людської особистості, що розвивається є вимога визначеності правових норм. Якщо кожна людина повинна підкорятися праву, якщо вона повинна пристосовувати свою поведінку до його вимог, то напевно що першою умовою впорядкованого суспільного життя виступає визначеність цих вимог”<sup>1</sup>.

Дослідженню окремих аспектів принципу правової визначеності присвячено роботи Л. Богачової, С. Головатого, М. Козюбри, М. Марченко, В. Муравйова, С. Погребняка, Р. Петрова, А. Приймака, П. Рабіновича, М. Савчина, С. Шевчука та інших. Тлумачення принципу правової визначеності у вітчизняній юридичній науці значною мірою збігається з уявленнями про його зміст зарубіжних правознавців.

На сьогодні принцип правової визначеності у теоретичному аспекті прийнято розуміти як сукупність вимог до організації та функціонування правової

---

трішнього переконання судді у кримінальному процесі України / Н.Л. Дроздович // Збірник матеріалів круглого столу молодих учених [“Принципи верховенства права і законності: проблеми право розуміння та застосування”], (Київ, 18 травня 2010 року) / Інститут держави і права ім. В.М.Корецького Національної академії наук України. – К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2010. – С.121-125.

<sup>1</sup> Покровский И. Основные проблемы гражданского права / И. Покровский // Москва.-1998.-380 с.- С.89.

системи з метою забезпечення стабільного правового становища особи шляхом вдосконалення процесів правотворчості та правозастосування.<sup>1</sup>

Згідно з цим принципом люди повинні мати змогу планувати свої дії з упевненістю, що знають про їх правові наслідки. Він вимагає, зокрема, щоб правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, простими, точними, чіткими й несуперечливими. Застосування актів має бути передбачуваним для індивідів.

Спробуємо дослідити деякі підходи до розкриття змісту принципу правової визначеності в європейській і національній правовій доктрині.

Найчастіше правова визначеність пов'язується з принципом верховенства права і розкривається через такі концепції, як непорушність і нескасовуваність набутих законних прав (*vested rights*); незворотність закону й неможливість застосування закону до особи, яка не могла знати про його існування (*non-retroactivity*); законні очікування (*legitimate expectations*) – право особи у своїх діях розраховувати на сталість існуючого законодавства.<sup>2, 3, 4, 5, 6</sup>

Схоже трактування було запропоновано Ф. Гайеком: верховенство права передбачає, що органи державної влади повинні бути обмежені у своїх діях заздалегідь встановленими та оголошеними правилами, які дають можливість передбачити з великою точністю примусові заходи, що будуть застосовані представниками влади в тій чи іншій ситуації. Оперуючи такою інформацією, індивід може впевнено планувати свої дії.<sup>7</sup> Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) у Доповіді щодо верховенства права зазначила, що однією з складових верховенства права є правова визначеність, вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб

<sup>1</sup> Козюбра М. Принцип верховенства права та правової держави: єдність основних вимог / М. Козюбра // Наукові записки НаУК- МА - 2007 - № 64 (Юридичні науки). - С. 3-9.

<sup>2</sup> Магрело М. Концепт “законних очікувань” і принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок? / М. Магрело // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 127–135. С.123-135.

<sup>3</sup> Матвеева Ю. І. Принципи правової визначеності як один із аспектів верховенства права / Ю. І. Матвеева // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. ст. – К., 2010. – С. 153. С.153.

<sup>4</sup> Опришко В. Ф. Право Європейського Союзу. Загальна частина: [підруч.] / В. Ф. Опришко, А. В. Омельченко, А. С. Фастовець. – К. : КНЕУ, 2002. – 458 с. С. 139.

<sup>5</sup> Приймак А. М. Принцип правової визначеності: поняття та окремі аспекти / А. М. Приймак // Наук. записки нац. ун-ту “Киево-Могилянська академія”. – К., 2010. –Т. 103: Юридичні науки. – С. 53–55. С.53.

<sup>6</sup> Цесар І. Принцип правової визначеності у діяльності органів державної влади / І. Цесар // Юридична Україна. – 2011. – № 1. – С. 41–47. С.41.

<sup>7</sup> Хайек Ф. А. фон. Право, законодавство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Ф. А. фон Хайек ; пер. с англ. – М. : ИРИСЭН. – 2006. – 644 с. С.90.

забезпечити постійну прогнозованість ситуацій правовідносин, що виникають (пункти 41, 46 Доповіді).<sup>1</sup>

В. Кернз розглядає принцип правової визначеності як зобов'язання державних владних органів забезпечити легкість з'ясування права тими, до кого воно застосовується, і набуття останніми можливості у разі необхідності скористатися правом, так само як і способом, за допомогою якого воно буде підлягати застосуванню і тлумаченню.<sup>2</sup>

В свою чергу, В. Муравйов пов'язує принцип правової визначеності з передбачуваністю застосування права в конкретній визначеній ситуації. До його змісту він включає такі положення: нечинність акта, який не був належним чином оприлюднений; відсутність зворотної сили акта, що означає неможливість застосування акта до ситуацій, які виникли до набрання ним чинності; виправдані очікування, що передбачає можливість внесення змін до правових актів після попереднього оповіщення тих, кому нові правила адресовані; ясність і зрозумілість права для тих, кого воно стосується; право давності, відповідно до якого не можна вимагати визнання правового акта незаконним або вимагати виконання якихось зобов'язань, коли минуло багато часу після набрання ними чинності.<sup>3</sup>

Р. Петров, досліджуючи принцип правової визначеності поділяє його на два субпринципи: 1) неможливість зворотної дії законодавства; 2) захист легітимних очікувань – заходи ЄС не повинні порушувати легітимних очікувань тих, кого вони стосуються. Очікування визнається легітимним, якщо воно є розумним, тобто відповідає реальним сподіванням “обережної людини”.<sup>4</sup>

На думку С. Погребняка, принцип правової визначеності покликаний гарантувати ефективну дію принципу верховенства права.<sup>5</sup> Він виявляє себе не тільки на етапі правотворчості, а й на етапі правозастосування і в даному контексті важливими є конкретні вимоги, що висуваються до нормативно-правових актів та їх застосування. Науковцем пропонується вимоги до нормативно-правових актів розділити на змістовні і процедурні<sup>6</sup>. Змістовні вимоги передбачають, щоб нормативно-правові акти повинні бути зрозумілими (доступними), несуперечливими і повинні пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не

<sup>1</sup> О верховенстве права [Електрон. ресурс]. – Режим доступу :[http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDLAD\(2011\)003rev.rus.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDLAD(2011)003rev.rus.pdf)

<sup>2</sup> Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу / В. Кернз ; [пер. з англ.]. – К. : Знання КОО, 2002. – С. 104–110. С.104–110.

<sup>3</sup> Право Європейського Союзу : підруч. / за ред. В. І. Муравйова. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 704 с. С.60.

<sup>4</sup> Право Європейського Союзу : навч. посіб. /за ред. Р. А. Петрова. – К. : Істина, 2011. – 376 с. С.42–43.

<sup>5</sup> Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістова характеристика) / С. П. Погребняк. – Х. : Право, 2008. – 238 с. С.38.

<sup>6</sup> Там само С.181–192.

допускаючи існування прогалин. Процедурні вимоги в свою чергу, включають: обов'язкове оприлюднення нормативно-правових актів, заборону їх зворотної сили, розумну стабільність права, послідовність правотворчості, надання достатнього часу для змін у системі правовідносин, викликаних прийняттям нового закону.<sup>1</sup>

Враховуючи вище викладене та продовжуючи думку Л. Фуллера, зазначимо, що правова система з не оприлюдненими законами могла б існувати лише як гротеск, гідний фантазії Льюїса Керола і Франца Кафки.<sup>2</sup> Ця вимога знайшла своє відображення в ст..57 Конституції України, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Якщо ж ці акти не доведені до відома населення, вони є нечинними.<sup>3</sup>

Зауважимо, що в праві ЄС правова визначеність розглядається як зобов'язання державних владних органів забезпечити особам легкість з'ясування права і можливість скористатися цим правом у разі необхідності.

Легкість з'ясування права, на нашу думку, забезпечується завдяки вимозі зрозумілості і точності законодавства ЄС. Крім того, правова визначеність вимагає, щоб застосування законодавства було передбачуваним для індивідів, що можливим є лише за умови оприлюднення нормативно-правових актів.

Отже, маємо всі підстави стверджувати, що принцип правової визначеності безперечно сприймається українською правовою системою, проте потребує ще більшого наближення до європейських правових стандартів, особливо в частині передбачуваності, точності, чіткості правових норм та певності громадян у плануванні своїх дій за заздалегідь встановленими і оголошеними правилами. Дотримання проаналізованих вимог принципу правової визначеності наблизить українське законодавство до європейських правових стандартів, сприятиме вдосконаленню механізмів правотворчості і правореалізації, слугуватиме додатковою гарантією захищеності людини від свавілля державної влади.

<sup>1</sup> Погребняк С. П. Вимоги до нормативно-правових актів, які впливають з принципу правової визначеності / С. П. Погребняк. // Вісник АПНУ. – 2005. – № 3 (42). – С. 42–53. С. 45–53.

<sup>2</sup> Фуллер Лон Л. Мораль права/ Лон Л. Фуллер; под. ред.А. Куряева; [пер. с англ. Т.Даниловой].- М.: ИРИСЭН, 2007.- 306 с.

<sup>3</sup> Погребняк С. П. Вимоги до нормативно-правових актів, які впливають з принципу правової визначеності / С. П. Погребняк. // Вісник АПНУ. – 2005. – № 3 (42). – С. 42–53. С. 50.

Олена Заєць,

к.ю.н., доцент, доцент кафедри земельного та аграрного права  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
alen.zaets@yandex.ru

## ФОРМУВАННЯ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ЗЕМЕЛЬНИХ УПРАВЛІНСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

Особливий вид діяльності державних, самоврядних та уповноважених державою інституцій, включаючи громадські організації, в галузі використання та охорони земель визначається в юридичній науці та законодавстві (Розділ 7 Земельного кодексу України від 25.10.2001 р.- далі ЗКУ) здебільшого через категорію управління. Воно є спеціальним напрямом управління в нашій державі та необхідним елементом правового режиму земель України.

У сучасній доктрині земельного права і законодавстві вживаються терміни: “управління у галузі земельних відносин”, “управління земельним фондом”, „державне управління земельним фондом”, “державне регулювання земельних відносин”, “управління в галузі використання, відтворення та охорони земель” тощо. Часто вони застосовуються як синоніми<sup>1</sup>. Спробуємо розібратися.

З науково-теоретичної точки зору управління в загальному вигляді визначається як впорядкування системи, тобто приведення її у відповідність з об’єктивними закономірностями, що діють в даній сфері.

З цієї точки зору сутність управління в галузі використання та охорони земель як юридичного явища в сучасних умовах полягає в тому, що воно повинно забезпечувати відповідність всієї системи земельних відносин тим закономірностям, які випливають з факту, що земля сьогодні є об’єктом різних форм власності, об’єктом ринкового обігу з одного боку, і природним об’єктом – з іншого. Тобто гармонійне поєднання публічних і приватних інтересів стосовно землі – сутність сучасного управління в галузі використання та охорони земель. Підтвердженням цьому є норми Конституції України, зокрема, ст.ст. 13, 14, 16, 17.

Зрозуміло, що ця загальна закономірність конкретизується стосовно земель окремих категорій. Управління в галузі використання та охорони земель сільськогосподарського призначення враховує закономірності розвитку сільського господарства, управління в галузі використання, охорони та відтворення земель лісгосподарського призначення – закономірності розвитку лісового господарства, взаємодію землі і лісів як видів природних ресурсів тощо.

Так, Генеральна схема планування території України (Закон України від 07.02.2002 р.) у п.2 розділу 3 „Основні напрями використання території України” передбачає: “*Наміри та потреби використання окремих територій, визна-*

---

<sup>1</sup> Мірошніченко А.М. Земельне право України: Підручник. – К.: Алерта, 2013. – С. 252.

*чені у державних програмах економічного і соціального розвитку, інших державних програмах, схемах розвитку галузей економіки, передбачають необхідність значного збільшення територій природоохоронного, рекреаційного, оздоровчого, історико-культурного призначення, а також житлової та громадської забудови з підвищенням ефективності використання земель населених пунктів, скорочення площі ріллі та виробничих територій (особливо під відкритими розробками, кар'єрами, шахтами, відповідними спорудами транспорту і зв'язку) з передачею вивільнених земель для інших видів використання”.*

На думку А.М. Мірошниченка, управління у галузі земельних відносин – діяльність із використанням владного примусу, спрямована на забезпечення раціонального використання, охорони та відтворення земель<sup>1</sup>.

Разом з цим у спеціальній земельно-правовій літературі знайшла свій розвиток концепція державного регулювання земельних відносин. Як зазначає В.В. Носік, в сучасних умовах реформування земельних відносин розуміння регулятивного впливу з боку держави на учасників земельних правовідносин через категорію управління не дозволяє визначити регулюючу роль і місце органів державної влади та місцевого самоврядування в забезпеченні здійснення прав на землю, використання та охорони земель з різними формами власності. Пояснюється це тим, що регулюючий вплив держави та місцевого самоврядування має поширюватися не лише на охорону і раціональне використання землі, а й у цілому на правовий режим землі як об'єкта права власності Українського народу та поведінку суб'єктів земельних правовідносин<sup>2</sup>.

На думку проф. В.В. Носіка державне регулювання земельних відносин можна визначити як законодавчо забезпечену на національному, регіональному та місцевому рівнях діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування щодо реалізації функцій держави і закріплених у законах повноважень у сфері використання та охорони землі як об'єкта права власності Українського народу й основного національного багатства<sup>3</sup>.

Сьогодні питання щодо співвідношення понять управління у сфері земельних відносин та державне регулювання земельних відносин залишається все-таки дискусійним. Сприяє цьому і законодавча термінологія. Так, в ЗКУ розділ 7 названо „Управління в галузі використання і охорони земель”. В Законі України „Про основи містобудування” розділ 2 „Державне регулювання у сфері містобудування” до останнього відносить планування територій, експертні, контрольні, санкціонує повноваження, затвердження стандартів та будівельних норм тощо. Аналогічні повноваження продубльовані у розділі 2 Законі України „Про регулювання містобудівної діяльності” під назвою „Управління у сфері містобудівної діяльності”. Закон України „Про охорону земель”

<sup>1</sup> Там само.

<sup>2</sup> Земельне право України: підруч./ За ред. Носіка В.В. – К. 2008. - С. 218.

<sup>3</sup> Там само. – 220.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

вживає термін „регулювання”, яким називає повноваження органів всіх гілок влади у сфері охорони земель.

В теорії права та в теорії адміністративного права поняття управління та регулювання розглядаються 1) як синоніми; 2) з точки зору регулювання як функції управління; 3) як понятійні елементи, які тісно пов’язані між собою та органічно доповнюють одне одного. На думку П. Рабіновича та Ю. Лободи „основний критерій розмежування управління та регулювання як різних засобів державного впливу полягає насамперед, у видах, спрямованості та обсязі повноважень компетентних державних органів стосовно об’єктів впливу. Змістовне навантаження державного регулювання як цілісної категорії має виходити з загальних ознак державного управління, оскільки ці понятійні елементи тісно пов’язані між собою та органічно доповнюють одне одного”<sup>1</sup>.

Вважаю, що саме в останньому варіанті співвідношенні управління та регулювання прийнятне для застосування у земельному праві. Адже етимологія слова „регулювання” як підпорядкування певним правилам, упорядкування, досить співзвучна з терміном „управління”. Різниця, мабуть, полягає у методах впливу на суб’єктів земельних відносин (якщо для управління характерна безпосередня імперативність і підпорядкованість суб’єкта, яким управляють, то при регулюванні встановлюються загальні нормативні межі дозволеної та необхідної поведінки суб’єктів земельних відносин).

Крім того, в земельно-правовій науці є розуміння регулювання як правотворчої діяльності державних органів різних гілок влади. Тому пропонується розрізняти владно-регулюючі та владно-організуючі повноваження органів державної влади у земельних відносинах<sup>2</sup>.

Практично ж управління і регулювання в такому розумінні тісно взаємопов’язані. Отже, вважаємо за потрібне вживати ці категорії разом.

Довгий час у літературі із земельного права вживався термін „управління земельним фондом” для визначення діяльності по організації використання та охорони земель. В його зміст включали не тільки державне управління, а й такі заходи, як меліорація земель, внесення в землю хімічних або органічних добрив, проведення протиерозійних заходів, дотримання агротехнічних правил в процесі користування землею тощо. Але з наукових позицій таке розуміння управління в сфері земельних відносин є категоріально не вірним.

Управління є діяльність, в якій приймають участь суб’єкт управління – державні, самоврядні, громадські та інші уповноважені державою органи та організації, та об’єкт управління – землевласники, землекористувачі та інші суб’єкти, якими управляють. Тому управляти можна не землею, земельними ділянками, а діяльність людей, що здійснюється в межах суспільних відносин.

---

<sup>1</sup> П. Рабінович, Ю. Лобода. Правові проблеми теорії державного регулювання в Україні // Право України.- 2001. - №8. - С.44.

<sup>2</sup> Швец В.Д. Органи державної влади України як суб’єкти земельних правовідносин. – Автореф. дис.. к.ю.н. 12.00.06. – К. 2008. – С. 10.

Отже, управляти землею не можна, її можна використовувати та охороняти. Тому в правовій площині не вірно говорити „управління земельним фондом”, а вірно — „управління в галузі використання та охорони земель” або „управління у галузі земельних відносин”.

В той же час управління і регулювання з правової точки зору реалізуються у правовідносинах, де суб'єкт і об'єкт управління і регулювання стають суб'єктами управлінських і регулюючих правовідносин, а земля — одним з об'єктів цих правовідносин. Характерною особливістю цих відносин є наявність у них двох видів об'єктів: безпосередніх і опосередкованих. До останніх належить земля у вигляді земельних ділянок. До безпосередніх — земельно-правові документи: земельно-кадастрові документи, документи, що посвідчують юридичні титули прав на землю, документи перевірок дотримання земельного законодавства тощо. Зміст управлінських і регулюючих правовідносин складають права та обов'язки суб'єктів та діяльність по їх реалізації. Останні у межах цих відносин називаються повноваження або компетенція.

Управління та регулювання земельних відносин включає наступні види дій: розпорядчі дії, виконавчі дії, ліцензування, координаційна, контрольна, реєстраційна, сертифікаційна, розподільча, санкціонуюча (погоджувальна), консультативна, юрисдикційна діяльність тощо.

Підґрунтям управління і регулювання є процесуально-правові норми, які відповідають на питання: в якому порядку здійснюються та захищаються матеріальні права суб'єктів земельних правовідносин? Набувши таким чином процесуальної форми, управління та регулювання земельних правовідносин отримали назву земельний процес.

Таким чином, *управління та регулювання у сфері земельних відносин* — це пов'язані з багатоманітністю форм власності на землю та засновані на державному суверенітеті земельні процесуальні правовідносини, в яких реалізуються функції держави через уповноважені державою органи і організації в порядку виконавчої, розпорядчої, контрольної, юрисдикційної та іншої діяльності в межах встановленої для них компетенції, спрямовані на забезпечення раціонального використання та охорони земель.

**Дар'я Іващенко,**

магістр за спеціальністю “Міжнародне право”, молодший науковий співробітник з міжнародного права, юристконсульт ТОВ “Теском Україна”  
ivashchenko@i.ua

## **ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ ТА СУТНІСТЬ “ВАЛЮТНОГО РИЗИКУ” ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ**

**О**дним із ключових понять валютного права є поняття “валютний ризик”, яке первісно розроблялося в економічних теоріях. Проте сьогодні ним активно оперують правознавці. Спробуємо розібратися у підходах до його ви-



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

значення й теоретичного осмислення змісту та юридичної природи на доктринальному й законодавчому рівнях.

Спершу розглянемо загальні визначення цього поняття. “Великий тлумачний словник сучасної української мови” дає таке тлумачення: “валютний ризик – *небезпека валютних втрат в результаті зміни курсу валюти* ціни до валюти платежу”<sup>1</sup>. О. М. Колодзєв дає подібне визначення: “...можливість грошових втрат суб’єктів валютного ринку внаслідок коливань валютних курсів”<sup>2</sup>. У документі Міжнародної організації із стандартизації ISO/IEC Guide 73 Risk Management (Словник для практичного використання стандартів) ризик визначають як настання певної, переважно несприятливої, події і/або ймовірність її початку<sup>3</sup>. Те саме розуміння віднаходимо й у Стандартах управління ризиками Федерації європейських асоціацій ризик-менеджерів (Federation of European Risk Management Associations – “FERMA”)<sup>4</sup>. “Тлумачний словник економіста” фіксує це поняття в такому визначенні: “небезпечність валютних втрат, пов’язаних зі зміною курсу іноземної валюти щодо національної грошової одиниці *під час здійснення зовнішньоторговельних, кредитних і валютних операцій*”<sup>5</sup> Для розуміння природи валютного ризику як явища, останнє визначення є більш конкретизованим, оскільки містить вказівку на ті види операцій / відносин, у яких є можливість виникнення такого ризику, що дає підстави стверджувати, що категорією валютний ризик послуговуються не лише правники, а й фахівці фінансової сфери. О. Шереметьєва пропонує таке визначення досліджуваного поняття: “...під сугобо правовим кутом зору під валютним ризиком слід розуміти можливість грошових втрат суб’єктів валютних право-відносин, а також власників валюти в результаті коливань валютних курсів на *світотеподарському та національному* рівнях”<sup>6</sup>. Ще один момент віднаходимо в такому визначенні: “валютний ризик – *це вразливість / незахищеність суб’єкта* перед потенційним впливом коливання курсу валюти. Ризик полягає у тому, що внаслідок небажаних коливань курсу суб’єкт може понести втрати”<sup>7</sup>, тобто

<sup>1</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Буцел. – К.; Ірпінь : ВТФ “Перун”, 2007. – С. 110.

<sup>2</sup> Колодзєв О. М. Гроші і кредит : Підручник / О. М. Колодзєв, В. Ф. Колесніченко. – К. : Знання, 2010. – 615 с..

<sup>3</sup> ISO/IEC Guide 73 Risk Management: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.iso.org/iso/iso\\_catalogue/catalogue\\_ics/catalogue\\_detail\\_ics.htm?csnumber=34998](http://www.iso.org/iso/iso_catalogue/catalogue_ics/catalogue_detail_ics.htm?csnumber=34998).

<sup>4</sup> Federation of European Risk Management Associations Standards (FERMA Standards). – 16 с. – Режим доступу : <http://www.ferma.eu/risk-management/standards/risk-management-standard/>.

<sup>5</sup> Гончаров С. М. Тлумачний словник економіста / С. М. Гончаров, Н. Б. Кушнір; [за ред. проф. С. М. Гончарова]. – К. : Центр навчальної літератури, 2009. – 264 с.

<sup>6</sup> Шереметьєва О. Поняття валютного ризику як правова категорія / О. Шереметьєва // Право України. – 2003. – № 9. – С. 23–24.

<sup>7</sup> Standards of Sound Business Practices: Foreign Exchange Risk Management, 2005. The Bank of Jamaica; p. 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://boj.org.jm/pdf/Standards-Foreign%20Exchange%20Risk%20Management.pdf>.

пояснення йде не через втрати як наслідок, а через першочергову вразливість суб'єкта до певних обставин. Розкриття сутності поняття та першочергового джерела ризику дає змогу побудови правильної концепції захисту.

Тепер розглянемо визначення поняття “валютного ризику” з погляду його автентичного тлумачення в законодавстві України, зокрема:

1) “Валютний ризик – *імовірність* того, що вартість фінансового інструмента буде змінюватися внаслідок змін валютного курсу”<sup>1</sup>;

2) “Валютний ризик – ризик знецінення національної валюти відносно іноземних валют, у яких номіновано зобов'язання за державним боргом”<sup>2</sup>;

3) валютний ризик – “*наявний або потенційний* ризик для надходжень і капіталу, який виникає через несприятливі коливання курсів іноземних валют та цін на банківські метали”<sup>3</sup>;

4) валютний ризик – ризик зміни офіційного курсу національної валюти до іноземної валюти, в якій номіновані або індексуються зобов'язання за боргом<sup>4</sup>.

Ще один момент, на який варто звернути увагу. У доктрині ми найчастіше натрапляємо на визначення “валютного ризику” через *небезпеку (небезпечність, можливість) валютних втрат / грошових втрат суб'єктів через коливання курсів*. Тобто у визначенні зміна курсу передбачає лише негативні наслідки (що власне й підкреслює негативне забарвлення самого слова *ризик*), тоді як вони можуть бути й позитивними. Те ж саме розуміння віднаходимо у вищезгаданому Наказі Міністерства Фінансів, який втратив чинність. Проте в чинних нормативних актах законодавець визначає це поняття через ризик *зміни офіційного курсу* національної валюти до іноземної валюти / *імовірність зміни вартості* фінансового інструмента *внаслідок змін валютного курсу*. А Дж. П. Морган, наприклад, визначає ризик як ступінь невизначеності отримання майбутніх доходів, закладаючи в розуміння поняття ризику тісний зв'язок імовірності та невизначеності<sup>5</sup>. Тобто першочергово ризик полягає не в настанні одразу негативного ефекту, а у зміні курсу, що впливає на валютні правовідносини, і, як наслідок,

---

<sup>1</sup> Наказ Міністерства Фінансів України № 559 “Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 13 “Фінансові інструменти” від 30.11.2001 (поточна редакція від 09.08.2013).

<sup>2</sup> Наказ Міністерства Фінансів України № 461 “Про затвердження Положення про управління ризиками, пов'язаними з державним боргом” від 16.06.2010 (втратив чинність).

<sup>3</sup> Методичні вказівки з інспектування банків “Система оцінки ризиків” Правління Національного Банку України № 104 від 15.03.2004.

<sup>4</sup> Постанова Кабінету Міністрів № 815 “Про затвердження Порядку здійснення контролю за ризиками, пов'язаними з управлінням державним (місцевим) боргом” (Порядок, п. 2) від 1.08.2012 р.

<sup>5</sup> Коваленко В. Проблеми правового регулювання фінансових ризиків / В. Коваленко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2010. – Вип. 85. – С. 114.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

може викликати якісно негативні зміни у правовідносинах, що склались між суб'єктами валютних угод.

У нашому дослідженні ми спиратимемося саме на таке трактування валютного ризику, який полягає саме у тому, що відбудуться коливання у курсі, який виступає дестабілізуючим фактором у правовідносинах, які склались між суб'єктами угоди на момент її укладення, а не безпосередньо у негативних наслідках, спричинених такими коливаннями.

Отже, нестійкість валютних курсів породжує для сторін угоди проблему валютного ризику, а пов'язані з ним збитки (негативні ефекти), чи прибутки (позитивні ефекти) виникають тоді, коли: а) змінюється курс валюти ціни щодо валюти платежу в період між підписанням угоди та здійснення платежу; б) змінюється курс валюти контракту щодо національної валюти сторін, якщо валюта ціни збігається з валютою платежу; в) відбувається падіння купівельної спроможності валют.

Правову природу валютного ризику розкриває і така його особливість, як *здатність бути самостійним об'єктом валютних правовідносин*. Така ситуація постає, коли, передбачаючи настання ризику значної зміни показників валютного курсу між обумовленими в угоді та фактичними, сторони угоди обумовлюють та вдаються до спільних заходів, метою яких є страхування валютного ризику.

Ще одна властивість правової природи валютного ризику виявляється при настанні для суб'єктів валютних правовідносин саме негативних наслідків, спричинених зміною валютного курсу. За таких умов валютний ризик може стати *юридичним фактом*, що змінює, зупиняє чи зумовлює появу нових правовідносин. Це відбувається внаслідок того, що в основі валютного ризику лежить фактична зміна вартості грошових зобов'язань між суб'єктами валютних правовідносин, що безпосередньо стає чинником впливу на сам зміст правовідносин. Тому валютний ризик цілком може спричинити кардинальні зміни суб'єктивних прав та юридичних обов'язків сторін у взаємовідносинах, а також і перед третіми особами. Ця риса виявляє себе у таких ситуаціях: експортер понесе збитки за умови зниження курсу валюти ціни товарів стосовно валюти платежу, внаслідок чого зменшиться реальна вартість від контрактної вартості товарів. Те саме вірно і для кредитора. Імпортер, замовник та боржник ризикують, якщо курс ціни валюти (позики) зростає щодо валюти платежу<sup>1</sup>. Настання зазначених вище змін у правовідносинах між суб'єктами одних правовідносин може відбитись і на відносинах з третіми особами чи на їхньому фінансовому стані, змінюючи, припиняючи при цьому наявні чи формуючи нові валютні правовідносини.

Унаслідок таких процесів, незалежно від фактичної юридичної форми, у якій втілюється валютний ризик (є наслідком використання як об'єкта валют-

---

<sup>1</sup> Аленичев В. В. Страхование валютных рисков, банковских и экспортных коммерческих кредитов / В. В. Аленичев, Т. Д. Аленичева. – М. : "ИСТ-СЕРВИС", 1994. – 115 с.

них правовідносин – валюти у формі паперових грошей чи є об'єктом валютних правовідносин або юридичним фактом), постійні та раптові скачки валютних курсів ведуть до зміни фінансового (економічного) стану суб'єктів валютних правовідносин, підриваючи системну стабільність загалом.

Тому не можемо не погодитися із думкою О. Шереметьєвої, що одним із завдань теорії валютного ризику є дослідження різних форм прояву його правової природи та аналіз динаміки можливих грошових втрат суб'єктів валютних правовідносин залежно не тільки від економічних, політичних, соціальних факторів, а й від конкретної юридичної форми прояву валютного ризику, яка приховує реальну загрозу виникнення негативних наслідків для учасників національного й світового валютного ринків<sup>1</sup>.

Отже, спираючись на проведений аналіз визначень поняття “валютний ризик” та різне його змістове наповнення, пропонуємо таке визначення цього поняття й відповідно правової категорії: *Валютний ризик – імовірність зміни правовідносин як таких чи матеріального стану суб'єктів валютних правовідносин унаслідок коливань валютних курсів на міжнародному та національному рівнях*. Таке визначення, на нашу думку, підкреслює основні характеристики валютного ризику як правового поняття, зокрема бути юридичним фактом, спричиняти не лише негативні, а й позитивні зміни, мати вияв та правове регулювання як на національному, так і на міжнародному рівнях.

**Ірина Ізарова,**

к.ю.н., доцент, доцент кафедри правосуддя  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
irina.izarova@gmail.com

## **ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ**

Сучасний етап розвитку цивільного процесуального законодавства в ЄС характеризується гармонізацією цивільного процесуального законодавства. Це є цілком логічним та бажаним наслідком євроінтеграції, що супроводжувала створення та розбудову ЄС, і вважається одним із найбільш актуальних напрямків розвитку правової науки. Як правильно зауважив М.Шторм, розробка європейської системи процесуального права була натхнена не гармонізаційною догмою, а самою суттю ЄС, який повинен надати всім європейським громадянам рівний доступ до правосуддя без дискримінації в таких питаннях, як судові витрати і строки розгляду<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Шереметьєва О. Поняття валютного ризику як права категорія / О. Шереметьєва // Право України. – 2003. – № 9. – С. 24–25.

<sup>2</sup> Storme M. Improving access to Justice in Europe / M. Storme // Teka Kom. Praw. – OL PAN, 2010. – P. 207–217.

Загальносвітові тенденції розвитку права та активізація євроінтеграційних процесів в Україні зумовлюють важливість та актуальність дослідження гармонізації законодавства, які відбуваються в ЄС.

При цьому варто відмітити, що сам термін “гармонізація” достатньо новий для правової науки та викликає дискусії. Як серед загальноправових досліджень, так і серед нечисленних робіт, присвячених окремим питанням гармонізації в різних галузях права, відсутні єдині підходи до його визначення, що зумовлює необхідність визначення сутності та змісту цієї правової категорії.

Як правильно зазначав А.М. Васильєв, як і взагалі наукові поняття, категорії і поняття, сформульовані правовою теорією, виступають в якості інструменту пізнавальної діяльності, способу розуміння і фіксації досягнутих правових знань; завдяки тому, що в них підсумовано змістовні, предметні знання про правову дійсність, вони і є сходинками, за якими правова наука рухається до нових результатів у пізнанні<sup>1</sup>.

Термін “гармонізація” як правова категорія була запозичена із музики, де вона означає супровід мелодії, створення аккордового супроводу для мелодії або, виявлення тонально-функціональної сутності мелодії та її супровід відповідними акордами<sup>2</sup>. Можна також вважати цей термін похідним від слова “гармонія” – “ἁρμονία”, що з грецької перекладається як “зв’язок” або “співрозмірність”, “стрункості” або “згода”, “узгодженість”. У філософських словниках здебільшого вказують на наступні значення гармонії – співзвучність, згода, відповідність естетичним законам узгодженість частин цілого або поєднання, злагодженість, взаємна відповідність якостей (предметів, явищ, частин цілого)<sup>3</sup>.

Термін “гармонія” успішно використовується у філософських роботах, що, ймовірно, і стало причиною його запозичення правознавцями (зокрема, у роботах Геракліта, Платона, Аристотеля, І. Канта, Г. Гегеля та інших). Можна зауважити, що у філософському контексті термін “гармонія” використовується достатньо давно і у переважній більшості науковці використовують його для передачі внутрішнього складу певного явища: як окремі звуки у гармонійній послідовності уявляють собою музику, так і окремі частини утворюють гармонійне ціле. З огляду на це, термін “гармонія” надає можливість передати уявлення про сукупність частин, які в своїй чіткій послідовності та взаємопов’язаній сукупності утворюють одне ціле<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Васильєв А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М., 1976. – С. 49-50.

<sup>2</sup> Юцевич Ю.Є. Музыка. Словник-довідник. – Вид. 2-ге, переробл. і доп. – Тернопіль: Навчальна книга - Богдан, 2009. – 352 с. – С. 57.

<sup>3</sup> Философский энциклопедический словарь. – М., Советская энциклопедия, 1983. – 840 с. – С. 87.

<sup>4</sup> Ізарова І.О. Правова природа гармонізації цивільного процесуального права / Ізарова І.О. // Право і суспільство. – № 6-2. – 2014. – С. 25-27.

У праві термін “гармонізація” застосовується не так давно і усталеного уявлення про його зміст ще досі немає. Його використання пов’язане, насамперед, із утворенням Європейського Союзу, що зумовило виникнення нових тенденцій та напрямків розвитку сучасного права європейських країн. Так, під час формування єдиного наддержавного утворення в установчих документах були відображені прагнення до створення єдиного правового простору і ефективної взаємодії національного права із правом ЄС. Маастрихтський договір 1992 року визначив етапи та умови інтеграції, які знайшли свій подальший розвиток у положеннях ст. 65 Амстердамської угоди 1997 року про необхідність поживлення гармонізації в сфері цивільного процесуального права<sup>1</sup>.

У європейській науковій літературі достатньо часто посилаються на такі терміни як “зближення”, “гармонізація”, “уніфікація”, не визначаючи їх точний зміст<sup>2</sup>. Так, уніфікацію розглядають як заміщення двох правових систем однією, а “гармонізація” та “аппроксимізація” є синонімами, які визначають єдині загальні правила регулювання відносин у державах-членах, у поєднанні із можливістю запровадити інші правила<sup>3</sup>.

Характеризуючи процеси гармонізації цивільного процесуального законодавства, варто відразу відмітити, що процесуальне право, яке у вузькому сенсі називають “матеріальним процесуальним правом” або *substantive procedural law*, яке регулює відносини сторін між собою і відносини сторін із судом, піддається гармонізації, а норми, які встановлюють структуру судової влади слід розглядати як прояв суперенітету і публічного порядку конкретної національної держави, як в своїх роботах влучно зауважив Г.Кронке<sup>4</sup>.

При цьому, гармонізацію цивільного процесуального законодавства безпосередньо пов’язують із міжнародним приватним правом, розглядаючи їх як протилежності: міжнародне приватне право значною мірою зобов’язане своїм існуванням відсутністю гармонізації, оскільки там, де цивільний процес гармонізований, норми міжнародного приватного права, що стосуються міжнародного цивільного процесу, є застарілими<sup>5</sup>. Гармонізація міжнародного приватного права, як цілком зважено зауважує у своїй роботі К.Крамер, може розглядатися як попередній етап гармонізації цивільного процесу, який може

<sup>1</sup> Storm M. Improving access to Justice in Europe / M. Storm // *Teka Kom. Praw.* – OL PAN, 2010. – P. 207–217.

<sup>2</sup> Див.: Nottage L. *Convergence, Divergence and the Middle Way to Unifying or Harmonizing Private Law* / *Annual of German and European Law.* – 2004. – № 1. – P. 166–245.

<sup>3</sup> Twigg-Flesner C. *The Europeanisation of Contract Law: Current controversies in Law.* – London, Routledge Cavendish, Second Edition, 2008. – P. 3. – 230 p.

<sup>4</sup> Филатова М.А. Принципы транснационального гражданского процесса ALI/UNIDROIT: путь к гармонизации // *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса.* – № 5. – 2006. – С. 376–388.

<sup>5</sup> Kramer X. E. *Harmonization of Civil Procedure and the Interaction with Private International Law* / X. E. Kramer // *Civil Litigation in a Globalising World* / ed. by X. E. Kramer, C. H. van Rhee. – 2012. – P. 121–139.

привести до наближення цивільного процесу і очевидно, що чинне законодавство ЄС, міжнародні правила і цивільне процесуальне законодавства залежать один від одного і розвиваються паралельно.

У вітчизняній літературі переважають погляди на гармонізацію як на повну ідентичність норм права всіх держав-членів через прийняття в межах ЄС спеціальних директив, які мають обов'язкову юридичну силу (О. Богачова, С.В. Дріжчана, М. Федорін та ін.<sup>1</sup>); як на процес зближення національної правової системи і її підсистем з правовою системою Європейського Союзу та вимогами міжнародно-правових норм і стандартів (Н. М. Пархоменко<sup>2</sup>), або як процес узгодження українського законодавства з міжнародно-правовими актами<sup>3</sup>. Деякі науковці розглядають термін “гармонізація” у широкому значенні як процес узгодження законодавства однієї держави з законодавством іншої держави, актами міжнародного права або міжнародних організацій та у вузькому значенні, як спосіб зближення законодавств держав-членів ЄС за допомогою директив, які встановлюють спільну кінцеву мету правового регулювання певних відносин в державах-членах та зобов'язують національне законодавство держав-членів врегулювати способи досягнення цієї мети<sup>4</sup>.

На наш погляд, характеризуючи гармонізацію цивільного процесуального права варто відмітити, передусім, значення і роль ЄС, установчі договори якого містять мету і основні напрями гармонізації. В процесі реалізації цих ідей гармонізація законодавства стала достатньо поширеним терміном, який використовується і у загальноправових, і в галузевих правових дослідженнях. Безпосередній вплив на процеси гармонізації цивільного процесуального законодавства було здійснено в процесі підготовки проектів Марселя Сторма<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Див.: Гармонізація трудового законодавства України із законодавством Європейського Союзу: Монографія / Н.М. Хуторян, Ю.В. Баранюк, С.В. Дріжчана, Л.П. Гарашенко, І.П. Лаврінчук, О.В. Макогон, М.П. Стаднік, Г.І. Чанишева; відп. ред. Н.М. Хуторян. – Кт: ТОВ “Видавництво “Юридична думка””, 2008. – 304 с. – С. 34; Богачова М., Федорова М. До питання стратегії законотворчості: Україна та Європейський Союз // Законотворчість. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом: 36. Науково-практичних матеріалів. – Вип. 4. – К., 2005. – С. 9 та ін.

<sup>2</sup> Сучасні проблеми розвитку законодавства в Україні та в Угорщині: Збірник наукових праць / вступ ст. В. Ламм, Ю. Шемшученко; упоряд. М. Товт, І. Холас; пер. з угорськ. О. Кордонєць, пер. з укр. Ч. Фединець. – К.: Вид-во “Юридична думка”, 2013. – 222 с. – С. 10.

<sup>3</sup> Мельник К.В. Гармонізація норм національного трудового законодавства та міжнародних норм у сфері трудових прав працівників: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення/ Мельник Катерина Володимирівна; Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля. – Луганськ, 2011. – 19 с. – С. 8.

<sup>4</sup> Ященко К.В. Гармонізація податкового законодавства України з законодавством європейських співтовариств про непряме оподаткування: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.07 – теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / Ященко Корнелія Василівна; Київський національний економічний університет. – Київ, 2005. – 18 с. – С. 6.

<sup>5</sup> Storme M. Approximation of Judiciary Law in the European Union / M. Storme; Rap-

та Принципів транскордонного цивільного процесу ALI-UNIDROIT<sup>1</sup>. Підготовка цих проектів та їх значення свідчать про те, що тенденції гармонізації цивільного процесуального законодавства вже вийшли за межі ЄС та набули загальносвітового масштабу.

Але більш активно підготовка єдиних правил європейського судочинства здійснюється в межах регіональних правил. У 2013 році The European Law Institute (ELI) спільно із The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) запровадили проект під назвою “From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure”<sup>2</sup>. На першій зустрічі ELI-UNIDROIT 1st Exploratory Workshop було засвідчено наявність підстав для оптимізму щодо перспектив загальноєвропейських правил в багатьох областях цивільного судочинства, зокрема, як було зауважено, розробка типового європейського кодексу є реалістичною<sup>3</sup>.

Отже, основною метою та завданням гармонізації цивільного процесуального права можна визнати забезпечення єдиних підходів до визначення порядку та правил цивільного судочинства, а саме тих, які об'єднують фундаментальні принципи цивільного судочинства різних правових сімей та традицій на загальносвітовому або регіональному рівні з метою забезпечення судового захисту, що було проголошено в Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод<sup>4</sup>.

Не вдаючись до прогнозів найближчих перспектив гармонізації цивільного процесуального законодавства, хочеться підтримати думку про те, що гармонізація права покликана надати уявлення про недоліки різних процесуальних систем і про їх проблеми та шляхи, яким чином вони можуть бути вирішені, наприклад, споконвічна проблема невинуватих затримок і високих судових витрат<sup>5</sup>. Отже, підвищення наукового інтересу до процесів гармонізації в краї-

---

prochement du Droit Judiciaire de l'Union europeenne. – Kluwer ; Dordrecht, 1994. – 225 p.

<sup>1</sup> ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure [Електронний ресурс] – Електрон. дані. – Режим доступу: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. – Назва з екрана. – Дата звернення: 20.10.14.

<sup>2</sup> From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure [Електронний ресурс] – Електрон. дані. – Режим доступу: [http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects-contd/article/from-transnational-principles-to-european-rules-of-civil-procedure/?tx\\_ttnews%5BbackPid%5D=137874&cHash=30981e5bc9618fbff47b45f915463642](http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects-contd/article/from-transnational-principles-to-european-rules-of-civil-procedure/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=137874&cHash=30981e5bc9618fbff47b45f915463642). – Назва з екрана. – Дата звернення: 20.03.2013.

<sup>3</sup> Initial report on the ELI-UNIDROIT 1st Exploratory Workshop [Електронний ресурс] / Електрон. дані. – Режим доступу: [http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Projects/ELI-UNIDROIT\\_Workshop\\_initial\\_report.pdf/](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/ELI-UNIDROIT_Workshop_initial_report.pdf/). – Назва з екрана. – Дата звернення: 28.08.2014

<sup>4</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс] // Верховна Рада України : офіс. веб-портал. – Електрон. дан. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004). – Заглавие с екрана. – Дата обращения: 10.10.2014.

<sup>5</sup> Rhee van C. H., Verkerk R. Civil Procedure / C. H. van Rhee // Edgar Encyclopedia of Comparative Law / ed. by J.M. Smits. –2006. – P. 120-134.



нах ЄС та світу сприятиме вдосконаленню національних механізмів цивільного судочинства та утвердженню загальних фундаментальних засад цивільного судочинства.

**Ганна Каптар,**  
асистент кафедри цивільного права юридичного факультету  
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича  
anna\_kaptar@mail.ru

## **ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ РОЗУМІННЯ ПРАВА НА ДОСТРОКОВЕ ПЕНСІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

Існування *дострокового пенсійного забезпечення* потрібно розглядати як об'єктивну потребу законодавчого зменшення шкідливого впливу на працівника професійних факторів за рахунок зниження часу їх дії шляхом обмеження стажу роботи у шкідливих роботах та скорочення загального пенсійного віку. Сучасний стан пенсійної системи України вимагає впорядкування та коректування механізму призначення *пільгових пенсій*.

Державою гарантоване право на пільгове пенсійне забезпечення осіб, робота яких пов'язана з негативним впливом шкідливих факторів на здоров'я.

Відповідно до п "а" статті 13 Закону України "Про пенсійне забезпечення" на пільгових умовах мають право на пенсію за віком, незалежно від місця останньої роботи:

а) працівники, зайняті повний робочий день на підземних роботах, на роботах з особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці - за списком № 1 виробництв, робіт, професій, посад і показників, затверджуваним Кабінетом Міністрів України, і за результатами атестації робочих місць.

Працівникам, які мають не менше половини стажу роботи з особливо шкідливими і особливо важкими умовами праці, пенсії на пільгових умовах призначаються із зменшенням віку, передбаченого статтею 12 цього Закону, на 1 рік за кожний повний рік такої роботи чоловікам і на 1 рік 4 місяці – жінкам.

Відповідно до пункту "б" статті 13 цього ж закону право на пенсію за віком на пільгових умовах мають працівники, зайняті повний робочий день на роботах з шкідливими і важкими умовами праці – за Списком № 2 виробництв, робіт, професій, посад і показників, затверджуваним Кабінетом Міністрів України, і за результатами атестації робочих місць, зокрема, чоловіки – після досягнення 55 років і при стажі роботи не менше 25 років, з них не менше 12 років 6 місяців на зазначених роботах. Чоловікам, які мають не менше половини стажу роботи з шкідливими і важкими умовами праці, пенсії на пільгових умовах призначаються із зменшенням віку, передбаченого статтею 12 вищевказаного Закону, на 1 рік за кожні 2 роки 6 місяців такої роботи.

Статтею 100 цього ж закону визначений порядок призначення пільгових

пенсій особам, які мали право на пенсію на пільгових умовах до введення в дію цього Закону.

Слід звернути увагу, що основним документом, який характеризує трудову діяльність особи, є трудова книжка. За записами в трудовій книжці визначається як загальний стаж роботи, так і стаж роботи, який дає право на пільгову пенсію. Проте в переважній більшості випадків для призначення пенсій на пільгових умовах потрібні дані про характер виконуваної роботи, наприклад, про зайнятість на гарячих ділянках робіт, про роботу з відповідними шкідливими речовинами, про виконання робіт визначеним способом і у відповідному місці тощо. Усіх цих відомостей в трудовій книжці немає.

Відповідно до пункту 20 Порядку підтвердження наявного трудового стажу для призначення пенсій за відсутності трудової книжки або відповідних записів у ній, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України, у тих випадках, коли в трудовій книжці відсутні відомості, що визначають право на пенсію на пільгових умовах, установлені для окремих категорій працівників, для підтвердження спеціального трудового стажу приймаються уточнювальні довідки підприємств або організацій. У довідці має бути вказано: періоди роботи, що зараховуються до спеціального стажу, професія або посада; характер виконуваної роботи; розділ, підрозділ, пункт, найменування Списків або їхні номери, до яких включається цей період роботи; первинні документи за час виконання роботи, на підставі яких видана довідка.

Важливим є той факт, що правом на пільгове пенсійне забезпечення користуються лише ті працівники, які були зайняті на роботах зі шкідливими та важкими умовами праці повний робочий день.

Грунтовним чином проблему пенсійного забезпечення працівників на роботах зі шкідливими і важкими умовами праці у дисертаційній роботі досліджує Т.О. Дідковська<sup>1</sup>. Автором визначено, що сьогодні одним із найважливіших заходів врегулювання проблеми забезпечення нешкідливих та безпечних умов праці є компенсація працівникам, які працюють на роботах із шкідливими та важкими умовами, за такі умови шляхом відповідного пенсійного забезпечення. Не можна не погодитись з твердженням Т.О. Дідковської про те, що таке пенсійне забезпечення покликане якомога повніше врахувати особливості шкідливих умов праці та відповідно до цього визначити вік, з якого працівник має право на пенсію, порядок обчислення пенсії залежно від важкості та шкідливості умов праці, встановити процедуру пільгового зарахування років загального та пільгового трудового стажу. З метою реалізації вищезгаданих положень науковець наголошує на необхідності розробки Закону “Про обов’язкове пенсійне забезпечення окремих категорій осіб через професійні та корпоративні пенсійні фонди”, який має містити основні засади та принципи правового ре-

<sup>1</sup> Дідковська Т.О. Правове регулювання пенсійного забезпечення працівників на роботах зі шкідливими та важкими умовами праці: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Т.О. Дідковська; Харківський нац. ун-т внутрішніх справ МВС України. - Х., 2008. - 19 с.

гулювання пенсійного забезпечення працівників, задіяних на роботах із шкідливими та важкими умовами праці<sup>1</sup>. Ми цілком підтримуємо таку думку.

На нашу думку, оптимальним шляхом реформування пільгового пенсійного забезпечення за віком є створення злагодженої та ефективною системи забезпечення за професійним пенсійним страхуванням. Це витікає із положень Концепції подальшого проведення пенсійної реформи, згідно якої впровадження обов'язкової професійної пенсійної системи передбачає додаткове навантаження на роботодавця, у тому числі на державний бюджет, пов'язане із сплатою обов'язкових професійних пенсійних внесків на користь її учасників<sup>2</sup>. В якості необхідних кроків по запровадженню такої системи Концепція передбачає забезпечення розроблення та виконання обов'язкових професійних пенсійних програм для окремих категорій осіб, зайнятих на роботах з особливо шкідливими та важкими умовами праці, що дають право на призначення пенсій на пільгових умовах або за вислугу років, з одночасним здійсненням заходів щодо створення роботодавцем безпечних для здоров'я робочих місць, та для тих працівників, яким роботодавець не може забезпечити або не забезпечив безпечних та нешкідливих умов праці. На жаль, практичних кроків по реалізації запланованих заходів поки не здійснено, законопроект про професійну пенсійну систему лише на стадії доопрацювання.

Проблема дефіциту коштів на фінансування виплати пільгових пенсій має два очевидні розв'язання - або збільшити обсяг надходжень або відкоригувати критерій еквівалентності платежів<sup>3</sup>. Найпростішим шляхом збільшення надходжень є введення диференційованої ставки пенсійного внеску для підприємств з важкими, шкідливими та з особливими умовами праці. І така ставка вже передбачається нормами Закону України "Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування" від 8 липня 2010 року<sup>4</sup>. На нашу думку, перехід до побудови ефективною системи фінансування дострокових пенсій повинен здійснюватись за рахунок додаткових страхових внесків, що сплачуються роботодавцем, і які забезпечують необхідний розмір пенсії на період з моменту досягнення пільгового пенсійного віку і до досягнення загальностановленого пенсійного віку. Вибір конкретних форм цих систем повинен здійснюватись соціальними партнерами у рамках колективних угод (договорів). Виходячи з того, що кожному виду пенсійного страхового ризику відповідає певний вид страхового забезпечення, вважаємо за доцільне доповнити перелік страхових випадків, передбачений ст. 26 Основ законодавства України про

---

<sup>1</sup> Там само.

<sup>2</sup> Концепція подальшого проведення пенсійної реформи в Україні. Схвалено розпорядженням Кабінету міністрів України від 14 жовтня 2009р. №1224-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1224-2009-%D1%80>

<sup>3</sup> Кір'ян Т., Лукович В. Професійні пенсійні системи: погляд у майбутнє / Тетяна Кір'ян, Лукович Віталій // Вісник Пенсійного фонду України. – 2008. - № 10. – С.29.

<sup>4</sup> Там само.

загальнообов'язкове державне соціальне страхування таким страховим випадком як “передчасна втрата професійної працездатності у зв’язку з тривалою роботою у шкідливих та небезпечних умовах” та “втрата професійної працездатності, що викликана тривалим виконанням визначених робіт”. У проекті закону України “Про обов’язкову професійну систему” пропонуємо закріпити окрему статтю, присвячену професійному страховому випадку і викласти її у наступній редакції: “Страхові випадки у системі обов’язкової професійної системи. До страхових випадків, з настанням яких надаються професійні пенсійні виплати належать: передчасна втрата професійної працездатності у зв’язку з тривалою роботою у шкідливих та небезпечних умовах; втрата професійної працездатності, що викликана тривалим виконанням визначених робіт”. Адміністрування страхових внесків накопичувальної системи здійснюватиметься через Пенсійний фонд України.

Також однією з необхідних умов пенсійного реформування є підготовка суспільства до сприйняття нової пенсійної системи. Реформа може бути успішною лише за умови усвідомлення всіма верствами населення її необхідності і необоротності, а головне, позитивного впливу на умови життя і добробут людей.

Головне завдання пенсійної системи країни, як свідчить світовий досвід, – створити умови для забезпечення людей гідним доходом у старості відповідно до особистого внеску кожного. Крім того, сучасно побудована пенсійна система може і має бути основним джерелом довгострокових фінансових ресурсів країни.

**Ксенія Кіндюк,**

аспірантка кафедри теорії держави і права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
kxenon7@mail.ru

## **ОСОБЛИВОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ У ПРАЦЯХ М. М. ГЕРНЕТА**

**А**ктуальність теми дослідження, пов’язана з тією обставиною, що з даних статистики рівень злочинності серед неповнолітніх в Україні є вкрай високим. При цьому характерною особливістю злочинності неповнолітніх є тенденція до її зростання при одночасному скороченні рівня народжуваності. На тлі зростання злочинності серед неповнолітніх, зростає і кількість суспільно небезпечних діянь, які вчиняються особами до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Складність проблеми посилює та обставина, що неповнолітні завжди визнавалися злочинцями особливого роду, адже являють одну з найбільш уражених верств населення. Виходячи з цього, їй слід вирішувати як на загальносоціальному рівні, так і шляхом вдосконалення законодавства, що регулює кримінальну відповідальність неповнолітніх. В рі-

шенні цієї задачі може надати суттєву допомогу досвід, накопичений в минулі історичні періоди, який дозволить уникнути помилок минулого і створить ефективну законодавчу базу.

Так, значний внесок у теоретичне осмислення питання інституту юридичної відповідальності неповнолітніх у Російській імперії, Радянському Союзу вніс Михайло Миколайович Гернет (1874-1953 рр.), знаний фахівець в галузі кримінального права, кримінології, тюрмознавства, доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Московського державного університету.

Розглядаючи питання про вік кримінальної деліктоздатності неповнолітніх, що підлягають соціально-правовому захисту, М.М.Гернет зауважував наступне. Законодавство більшості країн встановлюють одні вікові межі при притягненні неповнолітніх до юридичної відповідальності за вчинені ними правопорушення, другі – при охороні їх від протиправних посягань, треті – при охороні їхньої праці, четверті – при призначенні над ними опіки тощо <sup>1</sup>.

На підставі історичного огляду інституту юридичної відповідальності неповнолітніх, вчений дійшов висновку, про наявність тенденції кримінального законодавства щодо підвищення віку кримінальної відповідальності дітей та пріоритетне застосування медико-педагогічних заходів щодо них перед покаранням. При цьому, у більшості випадків, законодавці визнавали найбільш доцільним закріпити настання кримінальної деліктоздатності з 18-річного віку.

За радянських часів, декретом від 4 березня 1920 р. вік кримінальної відповідальності було підвищено до 18 років. При цьому, як зазначає М.М.Гернет, кроком назад до дореволюційного минулого стало передання справ про злочини неповнолітніх 14-18 років до юрисдикції народних судів. У Кримінальному кодексі 1922 р. вікова межа притягнення до кримінальної відповідальності була знижена до 16 років, тобто до рівня, невідомого ані попередньому російському, ані тогочасним іноземним законодавствам. Крім того, на відміну від попередніх декретів, кодекс висував пріоритет застосування кримінальних покарань щодо дітей 14-16 років, перед медико-соціальними чи іншими виховними заходами.

Позитивним зрушенням в інституті кримінальної відповідальності неповнолітніх за радянських часів стали: заборона застосування до неповнолітніх віком до 18 років вищої міри покарання – розстрілу; безумовне пом'якшення покарання на половину для 14-16-річних і на третину для 16-18-річних; попередній розгляд справ щодо неповнолітніх 14-16 років у спеціальних комісіях, які передавали ці справи до суду лише у тому разі, якщо не знаходили підстав обмежитися медико-педагогічними заходами.

Досліджуючи проблематику суб'єктивної сторони злочинів неповнолітніх, М.М.Гернет відмічав, що у системах відповідальності неповнолітніх злочинців

<sup>1</sup> Гернет М. Н. Социально-правовая охрана детства за границей и в России / М. Н. Гернет. – М. : Книгоиздательство “Право и жизнь”, 1924. – 68 с.

більшістю сучасних законодавств встановлюються два рівні (періоди) осудності: рівень безумовної неосудності, коли дитина вважається безумовно невідповідальною за вчинювані нею діяння і не може бути ані відданою до суду, ані покараною, та рівень умовної осудності. На, другому, рівні осудність вважається лише імовірною, з огляду на що закон приписує ставити у суді питання про її наявність у кожному конкретному випадку. Від визначення рівня осудності залежить застосування заходів карального впливу. Заходи, що застосовуються до умовно осудних дітей відрізняються від тих, що застосовуються до дорослих злочинців, передусім своїм виправно-виховним, а не каральним характером. У законодавстві деяких країн встановлюється ще й третій рівень осудності неповнолітніх – рівень пом'якшення відповідальності з огляду на вік<sup>1</sup>.

В основу визначення вікових меж на різних рівнях осудності, на думку науковця, мають покладатися. експериментальні дані, відмінності у психологічних та фізичних умовах розвитку, етнографічні та культурні особливості кожної країни. Проте на практиці радянське та діюче законодавство позбавлене будь-яких раціональних заходів впливу у цьому питанні.

В особливе становище радянське законодавство ставило неповнолітніх від 14-17 років, що діяли несвідомо. За вчинені злочини вони переважно підлягали поміщенню до виправних притулків та колоній для неповнолітніх злочинців, у разі, коли це неможливо, – до особливих приміщень при в'язницях та арештних домах на строк, визначений судом, але не більше, ніж до досягнення ними 18-річного віку.

До неповнолітніх від 10 до 14 років взагалі не застосовувалися покарання, передбачені для неповнолітніх. За тяжкі злочини, що тягли смертну кару, каторжні роботи та висилку на поселення, цій категорії злочинців призначалося віддання до виправних закладів чи до колоній для неповнолітніх злочинців, або поміщення до спеціальних відділень при в'язницях та арештних домах на строк від 2 до 5 років.

Неповнолітні від 17 до 21 року з точки зору закону не вважалися дітьми, до яких могли бути допущені зазначені вище особливості застосування покарань. Лише з урахуванням нестабільності перехідного віку, закон для цієї групи неповнолітніх передбачав пом'якшення відповідальності, яке проходило крізь усю систему покарань і надто стосувалося смертної кари<sup>2</sup>.

Таким чином, М.Гернет доходив висновку про те, що запроваджена у радянському законодавстві система розмежування окремих вікових періодів видається надзвичайно казуїстичною та є цілком неузгодженою. Така позиція

<sup>1</sup> Гуревич С. Ответственность юных преступников по русскому законодательству / С. Гуревич // Дети-преступники. – М.: Книгоиздательство “В. И. Знаменский и Ко”, 1912. – С. 7–20.

<sup>2</sup> Дети - преступники. Сборник статей с 15 фотографиями и с приложением библиографических указателей / С предисл. и под ред.: Гернет М. Н. – М.: Книгоизд-во “В. И. Знаменский и Ко”, 1912. – 617 с.

ученого, стосовно того, що діти потребують насамперед виховання, застосування особливих виховних програм, які залежать не стільки від віку, скільки від індивідуальних особливостей кожної дитини, є слушною в умовах сьогоденної України.

Загалом, оцінюючи внесок наукової школи М. Гернета у дослідження проблеми юридичної відповідальності неповнолітніх, диференціації вікових меж варто зазначити, що пропозиції ученого потребують своєї реалізації у вигляді внесення доповнень у діюче законодавство.

**Людмила Козлюк,**  
к.ю.н., науковий співробітник  
відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
lydmila\_loi@mail.ru

## **ЕКОЛОГО-ПРАВОВА АНТИКОРУПЦІЙНА КУЛЬТУРА ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ У ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЙНИМ ЗЛОЧИНАМ В ЕКОЛОГІЧНІЙ СФЕРІ**

**К**орупція руйнує соціальну основу у забезпеченні порядку у сфері охорони довкілля. Всі питання пов'язані з охороною природи, зокрема поширення у ній корупції, повинні бути предметом особливої уваги не лише з боку окремої держави чи світового співтовариства, але й окремої людини. Слід пам'ятати, що однією з умов успішної протидії кримінальній корупції у сфері охорони довкілля є дбайливе ставлення кожного до навколишнього природного середовища та недопущення вирішення екологічних проблем шляхом корупційних дій.

На сьогодні очевидно, що корупція становить реальну загрозу національній безпеці країни, тому протидія їй у всіх сферах суспільного життя повинна бути віднесена до найголовніших пріоритетів держави. Слід мати на увазі, що налаштованість протидіяти кримінальним корупційним діянням в природоохоронній сфері – це половина успіху, інша, стратегічна, половина досягнення успіху на цьому шляху – це віднайдення інструментарію, яким можна успішно це зробити.

Як свідчить дослідження детермінант корупційної злочинності<sup>1</sup>, саме низький рівень еколого-правової антикорупційної культури є причиною вчинення кримінальних корупційних діянь у сфері охорони довкілля. Тому основний акцент варто робити на еколого-правову антикорупційну культуру, оскільки саме від неї залежить ефективність виконання поставлених завдань антикорупційної політики та екологічної безпеки в цілому.

---

<sup>1</sup> Козлюк Л.Г. Визначення криміногенних факторів службових екологічних злочинів з позиції соціально-натуралістичного світогляду // Альманах права. Правовий світогляд: людина і право. – Випуск 5. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. – С. 443 – 447.

На сучасному етапі багатьма вченими наголошується, що протидія злочинам, зокрема корупційним, у сфері охорони довкілля в Україні може бути досягнута шляхом формування екологічної культури, створення постійної, ефективної системи екологічної освіти (у тому числі професійної) і виховання, функціонування якої повинне сприяти формуванню у населення дбайливого ставлення до навколишнього природного середовища<sup>1</sup>.

Екологічна освіта сприяє підвищенню рівня загальної освіти й культури, формуванню необхідного соціального базису для забезпечення екологічно безпечного середовища, стійкого розвитку країни і повинна розглядатися як один із пріоритетних напрямків державної політики як у галузі охорони навколишнього середовища, так і в галузі освіти. Саме вона має вирішити завдання щодо підготовки освіченої молоді, здатної приймати свідомі рішення у сферах життя, де поєднуються проблеми окремої людини, суспільства й довкілля<sup>2</sup>.

На нашу думку, щоб сформувати еколого-правову антикорупційну культуру, треба щоб вплив екологічно-правової освіти на людину тривав все її життя. Екологічний аспект повинен органічно входити в процес освіти і виховання всіх вікових категорій громадян<sup>3</sup>. Тоді можна говорити про екологічну компетентність – знання антикорупційних, екологічних законів, правил і норм, принципів поведінки в довкіллі, які утримають її від свавільної корупційної поведінки, спрямують її природоохоронну діяльність.

Екологічна освіта та виховання спрямовані на формування екологічної антикорупційної культури особистості, яка дасть змогу кожному громадянину не порушувати порядок охорони навколишнього природного середовища. У зв'язку з цим слушно зазначив професор О. М. Костенко, що лише зі зміною соціальної культури громадян в Україні розпочнеться соціальний прогрес, що виведе країну з нинішньої кризи<sup>4</sup>, екологічної зокрема. Це свідчить про те, що екологічна безпека громадян, у тому числі національна безпека, також визначається їхньою еколого-правовою антикорупційною культурою, яка є складовою соціальною.

При цьому важливо враховувати, що будь-які заходи (виховні, просвіт-

<sup>1</sup> Турлова Ю.А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам : Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Турлова Ю.А. Ін-т, держави і права АН України – К. : 2011. – С. 12; Шматько В.Г. Екологія і організація природоохоронної діяльності : навч. посіб. / В.Г. Шматько, Ю.В. Нікітін. – К. : КНТ, 2006. – С.258; Лебідь С.Г. Домінування екологічних цінностей в культурі як передумова подолання екологічної кризи / С.Г. Лебідь // Наукові праці. – Державний гуманітарний університет ім. П.Могили. – Вип. 40, Т. 53. – 2006. – С. 52; Костицький В. Екологічна криза і складові її подолання / В. Костицький // Право України. – 1998. – №4. – С. 33.

<sup>2</sup> Діденко С.В., Поліщук Г.С. та ін. Довкілля як об'єкт кримінально-правової охорони. – Х. : Харків юридичний, 2009. – С. 118.

<sup>3</sup> Киселев Н.Н. Экологическое воспитание трудящихся / отв. ред. Н.П. Депенчук. – К. : Наук. думка, 1988. – С. 32.

<sup>4</sup> Костенко О.М. Камінь, яким зневажали будівничі (про соціальну культуру громадян як основний антикризовий засіб) // Віче. 2009. – №23. – С.17.



ницькі тощо) по підвищенню рівня еколого-правової антикорупційної культури слід проводити не до визначеного періоду, а постійно. Так як це формує особистість із добропорядним ставленням до збереження довкілля, тобто формує еколого-правову антикорупційну культуру громадян, а отже, і виконує функцію протидії вчиненню корупційних злочинів у екологічній сфері. Таким чином, вийти на якісно новий рівень протидії корупційній злочинності у сфері охорони навколишнього природного середовища можна лише з підвищенням еколого-правової антикорупційної культури громадян.

На наше переконання, еколого-правова антикорупційна культура особи допоможе посилити роль екологічної складової в соціально-економічному розвитку нашої країни. Саме еколого-правова антикорупційна культура дасть змогу особі враховувати екологічні наслідки під час прийняття відповідних рішень, забезпечувати екологічну безпеку і екологічну рівновагу, здійснювати прозорий моніторинг навколишнього природного середовища, сумлінно виконувати обов'язки, пов'язані з формуванням та реалізацією антикорупційної екологічної політики.

Дослідження сучасних соціологів і психологів переконливо свідчать, що однією з причин глобальної екологічної кризи є зростання в другій половині ХХ століття кризи людської духовності. Це, насамперед, сплеск суспільного егоїзму, нігілізму, локальних і регіональних збурень у суспільствах. Надзвичайно загрозливі й планетарна епідемія аморальності, тотальної легковажності, бездумності й жадоби швидкої наживи, індивідуальна деградація в різних її виявах, зниження культурного й духовного рівня, зростання корупції, людської некомпетентності та непрофесійності в багатьох ситуаціях<sup>1</sup>. Отже, не порушення норм права, не свідчить, що людина не порушує вимог закону морального.

Людині потрібна “тверда” воля, щоб не давати і не брати неправомірну вигоду в екологічній сфері. Така воля формується саме під впливом еколого-правової антикорупційної культури і саме за допомогою неї особа добровільно дотримується покладених на неї природних, законних обов'язків, тобто добросовісно поведінка особистості підпорядковується свободі волі і розумній вимозі закону.

Слід пам'ятати, що будь-який час, період, стан суспільства, рівень розумового і морального розвитку не позбавляють людину прав і свобод особистості і, водночас, не позбавляють її обов'язків бути моральною, добропорядною особистістю, жити і діяти для блага суспільства. Мова йде не про рівність особи у правах, а про рівність кожного перед його обов'язками бути тим, ким кожен є в суспільстві. Наприклад, якщо ти підприємець і займаєшся господарською діяльністю в природоохоронній сфері – будь добропорядним екологічним під-

<sup>1</sup> *Беляков О.* Вплив релігії на формування екологічної свідомості. – Режим доступу: <http://www.ecoburougcc.org.ua>

приємцем, якщо екологічний інспектор – будь добропорядним екологічним інспектором і т. д.

Не слід забувати, що корупція це завжди використання особою законодавства чи публічної влади на шкоду своїм ближнім, в тому числі і в природоохоронній сфері. Вона є не лише порушенням правопорядку, а й аморальним вчинком і гріхом<sup>1</sup>. Тому, щоб еколого-правове виховання дало реальний морально-правовий і антикорупційний ефект, потрібно при його здійсненні не ігнорувати “золоте правило моралі”, суть якого не роби іншим того, чого не бажаєш собі. Це правило показує короткий шлях до добродійної (правослухняної) та адекватної поведінки, в тому числі у сфері охорони довкілля. Усвідомлення “засвоєння” широкими верствами населення цього правила, допоможе їм виробити навички еколого-правового аналізу і прийняття рішень щодо правомірної екологічної поведінки.

**Наталія Коробенко,**

к.ю.н., доцент, доцент кафедри адміністративного, фінансового та господарського права Академії праці, соціальних відносин і туризму Федерації профспілок України  
natali\_81175@mail.ru

## **ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПЕНСІЇ ПО ІНВАЛІДНОСТІ ВНАСЛІДОК ЗАГАЛЬНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ У НАУЦІ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

**Н**е зважаючи на наявність досить чималого інтересу в суспільстві до питань пенсійного забезпечення, недостатньо дослідженим та з'ясованим на даний час є питання визначення поняття “пенсія по інвалідності внаслідок загального захворювання”.

Розглядаючи пенсію по інвалідності як один із видів пенсій в солідарній системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, необхідно зазначити наступне. По-перше, визначення поняття “пенсія по інвалідності внаслідок загального захворювання” чи то “пенсія по інвалідності в солідарній пенсійній системі” відсутнє як у нормативно-правових актах, так і в науковій літературі. По-друге, науковцями сформульоване, за окремими виключеннями, загальне визначення понятійної категорії “пенсія по інвалідності” (із врахуванням причини інвалідності як внаслідок трудового каліцтва чи професійного захворювання, так і загального захворювання). По-третє, не зважаючи на відсутність понятійної категорії, вченими поряд із загальними ознаками, що при-

---

<sup>1</sup> *Костенко О.М.* Як боротися з корупцією / *Костенко О.М.* // Віче. – 2008. – № 18. – С. 48. *Костенко О.М.* Корупція кризового типу: поняття і шляхи протидії / *Костенко О.М.* // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2008. – № 18. – С. 136.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

таманні усім видам пенсії, визначені і деякі спеціальні ознаки, характерні для пенсії по інвалідності в солідарній пенсійній системі.

У науковій літературі на даний час існує кілька загальних визначень поняття “пенсія по інвалідності”:

– щомісячні виплати аліментарного характеру із фондів для непрацездатних у розмірах, співвіднесених із минулим заробітком робітника, що призначаються у зв’язку із інвалідністю особам, які займалися суспільно корисною діяльністю<sup>1</sup>;

– пенсія, що встановлюється у зв’язку із тривалою або постійною фактичною втратою працездатності, тобто у зв’язку із настанням інвалідності<sup>2</sup>;

– щомісячні грошові виплати, що призначаються особам у зв’язку з інвалідністю, отриманою в результаті трудового каліцтва, професійного захворювання або інших причин<sup>3</sup>;

– щомісячні грошові виплати, що призначаються громадянам, визнаним у встановленому порядку інвалідами і які мають необхідний трудовий стаж<sup>4</sup>;

– щомісячна виплата, що призначається за рахунок коштів Пенсійного фонду особам із стійким розладом функцій організму на період встановлення інвалідності у розмірах, пропорційних минулому заробітку або у твердій сумі<sup>5</sup>;

– щомісячні грошові виплати з Пенсійного фонду, держбюджету й інших джерел, призначені у випадку встановлення медичним органом однієї із трьох груп інвалідності, яка свідчить про повну або часткову втрату працездатності<sup>6</sup>;

– щомісячні грошові виплати з Пенсійного фонду, Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, а також з Державного бюджету, які призначаються в разі настання інвалідності, що спричинила повну або часткову втрату здоров’я, внаслідок трудового каліцтва або професійного захворювання чи загального захворювання (в тому числі каліцтва, не пов’язаного з роботою, інвалідності з дитинства)<sup>7</sup>;

---

<sup>1</sup> Андреев В.С. Социальное обеспечение в СССР (Правовые вопросы) / В.С. Андреев. – М.: Юрид. лит.-ра, 1971. – С. 158.

<sup>2</sup> Советское пенсионное право. Учебное пособие [для сред. спец. учеб. заведений и курсов повышения квалиф. руковод. работ. сис. соц. обеспеч.] / Под ред. М.Л. Захарова. – С. 176.

<sup>3</sup> Стычинский Б.С. Проблемы совершенствования правового регулирования социального обеспечения граждан: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Стычинский Бронислав Станиславович. – К., 1992. – С. 98.

<sup>4</sup> Право социального обеспечения России: Учебник / [Буянова М.О., Гусов К.Н., Кобзева С.И. и др.]; под ред. К.Н. Гусова. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М.: ПБОЮЛ Грачев С.М., 2001. – С. 138.

<sup>5</sup> Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения / Е.Е. Мачульская – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1997. – С. 109.

<sup>6</sup> Сирота І.М. Право соціального забезпечення: Підручник / І.М. Сирота. – Вид. восьме. – Х.: Одісей, 2010. – С. 213.

<sup>7</sup> Бойко М.Д. Право пенсійного забезпечення в Україні: Навч. посіб. \ М.Д. Бойко. –

– різновид пенсійної виплати в солідарній системі, що є регулярним (щомісячним), але встановленим на певний строк грошовим забезпеченням осіб, яких відповідно до чинного законодавства визнано інвалідами і які мають необхідний страховий стаж<sup>1</sup>;

– щомісячна грошова виплата особі у випадку встановлення їй медичним органом однієї з трьох груп інвалідності, яка настала внаслідок трудового каліцтва, професійного чи загального захворювання або з інших причин<sup>2</sup>.

Але такі визначення не можуть бути застосовані до пенсії по інвалідності внаслідок загального захворювання, оскільки вони передбачають призначення пенсії не лише у випадку настання інвалідності внаслідок загального захворювання чи не виробничої травми, а і у разі настання інвалідності, причиною якої є трудове каліцтво або професійне захворювання.

Разом із тим, в науці права соціального забезпечення зроблена спроба сформулювати визначення поняття “пенсія по інвалідності за солідарною системою”. Так, під такою пенсією розуміється передбачену пенсійним законом персоналізовану страхову щомісячну виплату, яка призначається на весь строк встановлення інвалідності, а в деяких випадках – довічно, та виплачується правомочній особі – пенсіонеру по інвалідності за наявності відповідного страхового стажу уповноваженим органом Пенсійного фонду України за рахунок акумульованих у ньому коштів та коштів державного бюджету, у порядку та у розмірах, встановлених пенсійним законодавством<sup>3</sup>.

Не зменшуючи наукової цінності зазначених вище поглядів та думок, вважаємо, що формулюючи визначення будь-якої понятійної категорії, пов’язаної із пенсіями, перш за все необхідно зважати на ті ознаки, які в цілому притаманні цьому об’єкту пенсійних правовідносин. Серед основних ознак пенсії на даний час можна виділити такі, як: пенсія передбачена та гарантована системою загальнообов’язкового державного пенсійного страхування та недержавного пенсійного забезпечення; вона носить характер щомісячної грошової виплати; призначається та виплачується на умовах та у порядку, передбаченому актами пенсійного законодавства, а в окремих випадках – договором страхування та пенсійним контрактом; призначається та виплачується правомочним особам, які наділені спеціальною пенсійною правосуб’єктністю, спеціально уповноваженими суб’єктами у сфері пенсійного забезпечення; умовами призначення

---

[Вид. 2-е, випр. і доп.]. – К.: Атіка, 2006. – С. 92.

<sup>1</sup> Право соціального забезпечення в Україні: Підручник / Т.А. Занфірова, С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко та ін.; за заг. ред. Т.А. Занфірової, С.М. Прилипки, О.М. Ярошенка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Харків: ФІНН, 2012. – С. 252.

<sup>2</sup> Матвієнко Є.П. Правове регулювання пенсійного забезпечення в умовах розбудови соціальної держави: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. / Матвієнко Євгенія Петрівна. – Івано-Франківськ, 2014. – С. 120.

<sup>3</sup> Шлапко Т.В. Проблеми правового регулювання пенсій по інвалідності за солідарною системою України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. / Шлапко Тетяна Вікторівна. – К., 2014. – С. 86.

є наявність специфічного юридичного складу; виплачується за рахунок коштів Пенсійного фонду, Накопичувального та недержавного фондів, державного бюджету та інших спеціальних джерел.

Відповідно, поряд із загальними ознаками можна визначити і певні особливі ознаки, притаманні пенсії по інвалідності внаслідок загального захворювання, а саме: 1) така пенсія передбачена та гарантована солідарною системою загальнообов'язкового державного пенсійного страхування; 2) призначається і виплачується у порядку та розмірах, передбачених виключно пенсійним законодавством; 3) умовою призначення є інвалідність, що настала внаслідок загального захворювання (у тому числі каліцтва, не пов'язаного з роботою, інвалідності з дитинства) у поєднанні із страховим стажем визначеної тривалості; 4) метою пенсії є матеріальне забезпечення особи на період інвалідності; 5) виплачується за рахунок коштів Пенсійного фонду України, а в окремих випадках – державного бюджету.

У зв'язку із вищезазначеним, вважаємо, що пенсію по інвалідності внаслідок загального захворювання необхідно визначати як передбачену солідарною системою загальнообов'язкового державного пенсійного страхування щомісячну грошову виплату, що гарантується правомочній особі за умови настання інвалідності внаслідок загального захворювання (у тому числі каліцтва, не пов'язаного з роботою, інвалідності з дитинства) та наявності страхового стажу встановленої законом тривалості, і яка призначається та виплачується на період інвалідності уповноваженими органами Пенсійного фонду за рахунок акумульованих у ньому коштів, а в окремих випадках і державного бюджету у порядку та розмірах, встановленому актами пенсійного законодавства України.

**Тетяна Коротенко,**  
здобувач кафедри цивільного та трудового права  
Київського університету права Національної академії наук України  
t-korotenko@yandex.ru

## **ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ФОРМ СУДОВИХ ДОРУЧЕНЬ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ**

**Е**фективний та своєчасний розгляд та вирішення справ судом може викликати необхідність у здійсненні процесуальних дій на території іншої держави, як, наприклад, вручення судового виклику до суду, або отримання доказів у справі. В таких випадках учасник справи може звернутися із відповідною вимогою до суду, який у встановленому законом особливому порядку звернення із судовим дорученням про надання правової допомоги до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави.

Розвиток міжнародного співробітництва, поширення ділових зв'язків викликали необхідність розширення та поглиблення сфери взаємодопомоги між судовими органами іноземних держав заради належного та своєчасного

розгляду та вирішення справ. Внаслідок цього виникло та набуло поширення явище “надання правової допомоги”, сферою якого стали не тільки виконання судових поручень, але і взаємодопомога в отриманні інформації про іноземне право<sup>1</sup>.

Науковці слушно зауважують про те, що надання правової допомоги в сфері міжнародного цивільного процесу охоплює не тільки відносини між державами з приводу обміну документами, судовими рішеннями та фізичними особами, які скоїли правопорушення. Вартим уваги є те, що надання такої правової допомоги визначається міждержавними відносинами, тоді як основними суб'єктами міжнародного цивільного процесу і вигодонабувачами такої правової допомоги є приватні особи, що істотно гальмує розвиток та поширення співробітництва в цій сфері<sup>3</sup>. В зв'язку із цим, поширення і удосконалення взаємодопомоги та співробітництва між національними судами задля забезпечення справедливого, неупередженого та своєчасного судового розгляду справ є одним із найважливіших і актуальних завдань міжнародного цивільного процесу.

Доволі традиційним є виділення у сфері надання правової допомоги наступних видів або форм судової допомоги:

- 1) виконання судових доручень іноземних судів судами України;
- 2) виконання судових доручень судів України іноземними судами;
- 3) допомога у з'ясуванні змісту іноземного права;
- 4) інші види правової допомоги.

Найбільш вживаною традиційною формою взаємодії між судовими установами є судові доручення. Історично склалися чотири наступні форми звернення із судовим дорученням про надання правової допомоги до іноземних судів:

- 1) безпосереднє звернення суду до іноземного суду;
- 2) звернення суду до міністерства іноземних справ своєї держави, яке через посольство або консульство звертається до міністерства іноземних справ іноземної держави і направляє доручення відповідному суду своєї держави;
- 3) виконання доручень в іноземній державі спеціально уповноваженим призначеним судом іншої держави;
- 4) виконання доручень шляхом передачі їх центральним органам юстиції.

До судового доручення встановлені певні вимоги, зокрема, будь-яке судове доручення про надання правової допомоги оформлюється українською мовою із засвідченим перекладом офіційною мовою відповідної держави, якщо інше

---

<sup>1</sup> Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. — 5 изд., перераб. и доп. — М., Юристъ, 2004. — 604 с. — С. 521

<sup>2</sup> Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. — М.: ОАО “Издательский дом “Городец”, 2004. — 624 с. — с. 489-500.

<sup>3</sup> Там же. — С. 491.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

не встановлено міжнародним договором. Наприклад, Конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, підписану у Кишиневі 07 жовтня 2002 року ст. 17 визначено, що при установи юстиції можуть користуватися державною мовою або російською; якщо документи виконано державною мовою, до них додаються завірнені переклади на російську мову.

1) Процесуальні дії, за якими можуть звертатися із дорученнями, можна навести наступні: (1) вручення документів іноземним учасників процесу; (2) отримання і доставки доказів із іноземних держав: (а) письмових доказів; (б) показання сторін, третіх осіб, свідків, експертів; (с) речових доказів або їх судовий огляд; (d) проведення експертиз; (3) виклик свідка або експерта; (4) інформація про право, що підлягає застосуванню.

При цьому, варто відмітити, що доручення про вручення документів за кордоном на підставі Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах 1965 року (далі Конвенція про вручення) складається судом чи іншим заінтересованим компетентним органом України у формі **прохання**. Заповненню підлягають дві частини формуляра - "Прохання" і "Короткий виклад документа". Суд чи інший компетентний орган України надсилає доручення на підставі Конвенції про вручення до Центрального органу іноземної держави.

Доручення про отримання доказів на підставі Конвенції про отримання доказів відповідно до статті 3 Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 року (далі Конвенція про отримання доказів) складається судом України згідно з формою **запиту** про міжнародну правову допомогу (встановленого зразка) та повинно містити: назву запитуючого органу та, якщо можливо, запитуваного органу; ім'я та прізвище (повне найменування) та місце проживання (місцезнаходження) сторін судового розгляду і, у разі потреби, їх представників; характер і предмет судового розгляду та короткий виклад фактичної сторони справи; докази, які потрібно отримати, або інші судові дії, які необхідно виконати. У разі необхідності в дорученні вказуються: імена, прізвища та адреси осіб, яких необхідно допитати; питання, які необхідно поставити допитуваним особам, або факти, щодо яких їх необхідно допитати; документи або інші об'єкти, які необхідно дослідити; особливі прохання, що стосуються отримання свідчень особи; особливі форми, які потрібно застосувати у відповідності до статті 9 Конвенції. Доручення суду України на підставі Конвенції про отримання доказів надсилається через Мін'юст, який переправляє його центральному органу, визначеному відповідною державою.

Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 року (далі - Конвенція 1993 року) діє у редакції 1993 року у відносинах України з Азербайджанською Республікою, Киргизькою Республікою, Туркменістаном, Республікою Узбекистан та Грузією. У відносинах з Республікою Білорусь, Республікою Казахстан, Республікою

Таджикистан, Республікою Вірменія, Російською Федерацією та Республікою Молдова статті Конвенції 1993 року, змінені Протоколом до неї 1997 року, застосовуються у редакції цього Протоколу. З урахуванням статті 5 Конвенції 1993 року в редакції Протоколу 1997 року **доручення** на підставі Конвенції 1993 року та Протоколу 1997 року можуть надходити як від Центральних органів іноземних держав, так і від територіальних органів запитуючих держав. Доручення судів, які стосуються вручення документів або виконання процесуальних дій у цивільних справах, а також документи за результатами їх опрацювання Головне управління юстиції надсилає безпосередньо до уповноважених територіальних органів держав. У разі, якщо визначити належний іноземний орган неможливо, Головне управління юстиції надсилає доручення центральному органу відповідної держави. З урахуванням статті 17 Конвенції 1993 року в редакції Протоколу 1997 року доручення чи документи за результатами виконання доручень складаються російською мовою. У разі, якщо зазначені документи складені українською мовою, до них додаються засвідчені переклади російською мовою.

Узагальнюючи встановлені міжнародними договорами та конвенціями форми судових доручень варто визначити їх як звернення суду у формі запиту, прохання або клопотання про надання правової допомоги, які містять встановлені істотні умови та підлягають обов'язковому виконанню.

Зазначені у запропонованому визначенні форми мають істотні відмінні ознаки, що не дає підстав для їх отождолення, враховуючи те, що від форми звернення суду залежить його зміст і наслідки належного виконання. Недотримання встановлених вимог призводять до невиконання чи неналежного виконання судового доручення, а отже, до порушення строків розгляду цивільної справи та до неправильного вирішення справи по суті.

**Надія Кравченко,**  
здобувач кафедри теорії права та міжнародної інформації  
Університету "Україна"  
nadja-dovbish@rambler.ru

## **СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВНОГО ОРГАНУ (ПРАВОВИЙ СТАТУС ОМБУДСМАНА В УКРАЇНІ)**

**С**тановлення та розвиток органів держави та правових норм, що визначають їх статус, обумовлено потребами та інтересами суспільства. На наш погляд, про це яскраво свідчить процес становлення функцій Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Слово "функція" походить від латинського "functio", що означає виконання, діяльність, звершення, обов'язок, призначення.

Україна, вступивши до Ради Європи у листопаді 1995 р., приєдналася до механізму захисту прав людини, що існує в цій організації. Цей крок сприяв створенню умов для виконання зобов'язань нашої держави, у т.ч. для прийняття



рамкового документа про правову і судову реформи, передбаченого висновком Парламентської Асамблеї Ради Європи від 26 вересня 1995 р. № 190. Одним з елементів цієї реформи було запровадження у ст. 101 Конституції України посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (далі – Уповноважений). Це стало підтвердженням демократизації нашого суспільства, одним із засобів реалізації змісту ч.1 ст. 3 Конституції України про те, що людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканість та безпека визнаються у нашій державі найвищою соціальною цінністю.

Положення Конституції України дістали конкретизацію в Законі України “Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини” від 23 грудня 1997 р. Відповідно до його норм, Уповноважений, керуючись Конституцією України, законами України, чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, на постійній основі виконує функцію парламентського контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина та захисту прав кожного на території України і в межах її юрисдикції (ст. 1). Зазначені норми можна назвати нормами, що визначають функції “першого покоління” українського омбудсмена. Вони окреслюють в загальних рисах головне призначення цього державного інституту.

З часом, під впливом ратифікації Україною низки міжнародних конвенцій в сфері захисту прав людини і громадянина, правовий статус парламентського омбудсмена було “збагачено” шляхом покладення на нього функцій “наступних поколінь”:

- функцію контролю за забезпеченням рівних прав та можливостей жінок і чоловіків (функція “другого покоління”);
- функцію національного превентивного механізму (функція “третього покоління”);
- функцію контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних (функція “четвертого покоління”).

Згідно ст. 9 Закону України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків” Уповноважений у рамках забезпечення контролю за додержанням прав та свобод людини і громадянина здійснює контроль за дотриманням рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, розглядає скарги на випадки дискримінації за ознакою статі, у щорічній доповіді висвітлює питання дотримання рівних прав та можливостей жінок і чоловіків.

Відповідно до ст. 19-1 Закону України “Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини” на Уповноваженого покладаються функції національного превентивного механізму відповідно до Факультативного протоколу до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання.

Для виконання функцій національного превентивного механізму Уповноважений здійснює регулярні відвідування місць, в яких особи примусово тримаються за судовим рішенням або рішенням адміністративного органу відпо-

відно до закону, в тому числі ізолятори тимчасового тримання, кімнати для затриманих та доставлених чергових частин органів внутрішніх справ, тощо, без попереднього повідомлення про час і мету відвідувань та без обмеження їх кількості.

Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини вітчизняним законодавством було делеговано нову функцію – контроль за додержанням законодавства про захист персональних даних.

Відповідно до ст. 23 Закону України “Про захист персональних даних” для реалізації цієї функції вітчизняному омбудсману надані наступні повноваження: отримувати пропозиції, скарги та інші звернення фізичних і юридичних осіб з питань захисту персональних даних та приймати рішення за результатами їх розгляду; отримувати на свою вимогу та мати доступ до будь-якої інформації (документів) володільців або розпорядників персональних даних, які необхідні для здійснення контролю за забезпеченням захисту персональних даних; затверджувати нормативно-правові акти у сфері захисту персональних даних; за підсумками перевірки, розгляду звернення видавати обов’язкові для виконання вимоги (приписи) про запобігання або усунення порушень законодавства про захист персональних даних, у тому числі щодо зміни, видалення або знищення персональних даних, забезпечення доступу до них, надання чи заборони їх надання третій особі, зупинення або припинення обробки персональних даних; організовувати та забезпечувати взаємодію з іноземними суб’єктами відносин, пов’язаних із персональними даними, у тому числі у зв’язку з виконанням Конвенції про захист осіб у зв’язку з автоматизованою обробкою персональних даних та Додаткового протоколу до неї, інших міжнародних договорів України у сфері захисту персональних даних; брати участь у роботі міжнародних організацій з питань захисту персональних даних тощо.

З 2013 року Уповноваженому надано право складати протоколи про притягнення до адміністративної відповідальності та направляти їх до суду у випадках, передбачених чинним законодавством. Тобто, актам Уповноваженого надано владно-розпорядчі повноваження та його акти отримали імперативний характер.

Відповідно до ст. 18840 Кодексу законів про адміністративні правопорушення невиконання законних вимог Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини або представників Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб, громадян – суб’єктів підприємницької діяльності від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Таким чином, функції вітчизняного омбудсмена з прав людини, як порівняно нового інституту нашої держави, постійно розширюються. Це обумовлено, з одного боку, значними порушеннями в сфері захисту прав людини і громадянина, які мають місце в Україні, а з іншого – обраним Україною курсом на зближення з європейським співтовариством та орієнтацією на європейські

демократичні цінності. Останнє, на наш погляд, є головним чинником, що спонукає вітчизняного законодавця до імплементації міжнародних норм, які визначають та захищають ці цінності, до українського правового поля.

Остаточний вибір народом України європейських цінностей, продемонстрований протягом останнього року, свідчить про необхідність подальшого зближення вітчизняного законодавства з західноєвропейським та обов'язкове подальше розширення функцій парламентського омбудсмена.

**Ірина Лагутіна,**

к.ю.н., доцент,

доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету “Одеська юридична академія”

trudovoe\_pravo@ukr.net

## **НЕСТАНДАРТНІ ФОРМИ ЗАЙНЯТОСТІ ТА ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ТРУДОВІ ПРАВА ПРАЦІВНИКІВ**

**А**утсорсінг, аутстафінг, позикова праця, лізинг персоналу, що разом із деякими іншими формами об'єднуються одним поняттям – нестандартні форми зайнятості – явища, які отримують усе більш значне поширення, існують як у розвинених, так і в країнах, що розвиваються.

Здійснення в теперішній час перетворення у практиці трудових відносин (об'єднанні загальним терміном “нестійка зайнятість”) спрямовані саме на суттєве обмеження або взагалі на зняття з підприємства соціальної відповідальності за своїх працівників. Це дозволяє, по-перше, реалізувати економію витрат, пов'язаних з персоналом, а по-друге, послабити здатність організацій працівників (профспілок) домагатися поліпшення умов найму для своїх членів, що працюють у даного роботодавця. Адже незважаючи на те, що позикові працівники часто виконують ту саму роботу і знаходяться на тих самих робочих місцях, що й постійні, офіційно вони не є працівниками даного підприємства. Вони не користуються умовами найму штатних працівників компанії, не можуть бути членами первинної профспілкової організації, на них не поширюються умови колективного договору між роботодавцем і профспілкою<sup>1</sup>.

Як зазначили Франк Хоффер (старший дослідник Бюро з діяльності працівників Міжнародної організації праці (Женева, Швейцарія) і професор Хартмуд Герхард Зайферт, експерт з трудового права Німеччини і колишній заступник керівника Наукового соціального інституту Фонду Ханса Беклера (Німеччина), досвід західних країн, в яких позикова праця вже тривалий час легалізована, свідчить, що відбувається не створення нових робочих місць, а переродження

---

<sup>1</sup> Бизюков П. Неустойчивая занятость и ее последствия для работников / П. Бизюков, А. Ляпин, Г. Нойнхедфер, Л. Шершукова. – М., 2007. – С. 39.

уже існуючих якісних робочих місць із “гідними” умовами праці на низькоякісні та низькооплачувані<sup>1</sup>.

Наявність нестійкої, нестандартної, нетипової зайнятості є джерелом дискримінації та порушень прав людини, які підривають основоположні трудові стандарти, збільшують нерівність і бідність, мають украй несприятливі наслідки у сфері соціального захисту працівників та охорони їх життя і здоров'я на виробництві, створюють ґрунт для порушень трудового законодавства і широко використовуються роботодавцями як антипрофспілкової стратегії.

Небезпека аутсорсингу пов'язана з тим, що він призводить до дроблення раніше єдиного колективу, чим підриває діяльність профспілок. Виведення працівників за штат підприємства неминуче призводить до зменшення чисельності профспілки.

Факти непрямой дискримінації у сфері праці також поширені. Наприклад, переводять підрозділ на позикову працю і спочатку встановлюються рівні заробітки, але на основному підприємстві зарплата індексується, а то й зростає. Виведення працівника за штат супроводжується не тільки зменшенням заробітної плати, але й помітним погіршенням соціальних гарантій. Істотно страждає самооцінка працівника, особливо якщо разом із ним працюють колеги, які залишилися у штаті фірми.

Практика свідчить, що ефективна протидія аутсорсингу є можливою тільки задовго до здійснення підприємством планів щодо його впровадження. Однією з цілей профспілки у боротьбі з реалізованою нестійкою зайнятістю є повернення уже виведених за штат працівників підприємства на постійні робочі місця, тобто так званий інсорсинг. На жаль, подібні випадки поки що є одиничними.

Найбільш ефективним, можна сказати, універсальним інструментом боротьби з нестійкою, нестандартною зайнятістю є органайзінг у широкому сенсі цього поняття – тобто об'єднання працівників у профспілку та їх активна участь у її роботі.

Важливо, щоб положення, що обмежують аутсорсинг, позикову працю та інші форми нестандартної зайнятості було включено до реально діючих та контрольованих галузевих та територіальних угод, тобто боротьбу не потрібно буде повторювати на кожному окремому підприємстві<sup>2</sup>.

Приватні кадрові агентства надають свої послуги і в Україні. Ці послуги із працевлаштування надаються платно, без будь-яких обмежень щодо видів професій і рівня такої плати, статистична звітність про роботу таких агентств відсутня, нагляду з боку компетентного органу за їхньою діяльністю не встанов-

<sup>1</sup> Герасимова Е. С. Неустойчивая занятость: последствия для общества / Е. С. Герасимова // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2012. – № 1. – С. 183.

<sup>2</sup> Развитие профсоюзов в ТНК в условиях распространения неустойчивой занятости: сб. материалов конференции IUF, Профсоюза работников АПКРФ и Фонда имени Фридриха Эберта, Москва, 21–23 марта 2010. – С. 52–53.

лений. Мають місце факти порушень законодавства приватними агентствами зайнятості, про що свідчать проведені перевірки інспекції Київського міського центра зайнятості, за результатами яких матеріали передані на розгляд правоохоронним органам<sup>1</sup>.

Експерти відзначають тенденцію зростання звернень українських компаній до послуг компаній-аутсорсерів – на початок 2010 р. найбільш популярними видами аутсорсінгу були ІТ-аутсорсінг (27%), юридичний (25%), бухгалтерський (20%), транспортний (12%) і кадровий (6%), на інші види аутсорсінгу приходилось 10% усього обсягу ринку цих послуг<sup>2</sup>.

У Щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина 2014 р. зазначено, що сучасними ознаками ринку праці є загрозливі темпи перепрофілювання на нестандартні форми зайнятості (аутсорсінг, аутстафінг, лізинг персоналу, надомна праця, дистанційна зайнятість), так звану запозичену працю, що також пов'язано з порушенням трудових прав людини, зокрема щодо незабезпечення працівникам навіть мінімальних державних гарантій.

За пропозицією Уповноваженого з прав людини Законом України “Про зайнятість населення” було передбачено певні державні механізми контролю за застосуванням такої форми зайнятості, що було конкретизовано у Постанові Кабінету Міністрів України від 20 травня 2013 р. № 359 “Про Порядок видачі дозволу на наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця”<sup>3</sup>. На жаль, до теперішнього часу постанова не набрала чинності, у зв'язку з чим реалізація норм Закону на практиці є неможливою, а поширення запозиченої праці відбувається без належного державного контролю та реагування.

Видається, що визначення першочергових завдань Уповноваженого з прав людини у сфері праці має бути підпорядковано завданню гармонічної взаємодії з іншими структурами для отримання позитивного результату у підтримці законності в трудових правовідносинах, а також для використання його ресурсів при подоланні прогалів у функціонуванні інших механізмів захисту трудових прав працівників. Ефективними можуть виявитися зусилля омбудсмена у ситуаціях, коли використання інших способів захисту трудових прав працівників за тими чи іншими причинами на практиці не дають бажаних результатів. Нормальне функціонування трудових правовідносин залежить і від додержання морально-етичних правил, забезпечення сприятливого психологічного клімату на виробництві.

---

<sup>1</sup> Чанишева Г.І. Види трудового договору за законодавством України : монографія / Г.І. Чанишева, Б.А. Римар. – О. : Фенікс, 2011. - С. 138, 146.

<sup>2</sup> Новак И., Оверковский Б. Нестандартная занятость в Украине: социальные риски и контр-стратегии профсоюзов / И. Новак, Б. Оверковский. – К., 2011. – С. 3.

<sup>3</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина. – К., 2014. – С. 126.

Україні слід ратифікувати Конвенцію МОП № 181 про приватні агентства зайнятості, одна із цілей якої полягає в тому, щоб у рамках її положень приватні агентства зайнятості отримали можливість діяти, а працівники, які користуються їх послугами, були захищені. Законодавство України про суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва у працевлаштуванні, та суб'єктів господарювання, які здійснюють наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в інших роботодавців, має містити положення про те, що працівники користуються тими самими індивідуальними та колективними правами, що й інші категорії працівників, у тому числі особистими немайновими трудовими правами.

Варто звернути увагу на необхідність детального врегулювання саме у Трудовому кодексі започаткованого в Законі України “Про зайнятість населення” (ст. 39) визначення умов діяльності суб'єктів господарювання, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в іншого роботодавця (так званий “аутсорсинг” – запозичена праця, надання персоналу в найм, що знаходить поширення у практиці різних країн). Така конструкція трудових відносин працівника, який “надається” для роботи компанії-клієнту, із декількома роботодавцями одночасно потребує встановлення надійних гарантій його прав для унеможливлення зловживань з боку роботодавців. Регулюванню таких відносин мають сприяти відповідні вимоги до умов спеціального трудового договору, які усуватимуть ознаки розпорядження особою як об'єктом<sup>1</sup>.

Отже, в умовах нестандартних форм зайнятості не передбачено механізм захисту особистих немайнових трудових прав працівників. Перед національним законодавцем стоїть завдання врегулювати нестандартні форми зайнятості та передбачити механізм забезпечення трудових прав працівників, у тому числі й особистих немайнових.

**Олена Лебедєва,**  
к.ю.н., лаборант відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,  
teorija\_06@inbox.ru

## ЦІЛІСНІСТЬ ЯК ОЗНАКА ТА ЦІННА ВЛАСТИВІСТЬ ДЕРЖАВИ

**Д**ержава є одним із різновидів соціальних систем<sup>2</sup>, якій, поряд із відомими і дослідженими раніше ознаками – публічна влада, територія, право тощо –

<sup>1</sup> Висновок Головного науково-експертного управління на проект Трудового кодексу України (№ 2902 від 27.08.2013 р. – доопрацьований) від 13.02.2014/ [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=46746](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46746)

<sup>2</sup> Философская энциклопедия: [в 5 т.] / [под. ред. В.Ф. Константинова]. – М.: Советская энциклопедия, 1970. – Т. 5. – С. 18.

властиві певні системні ознаки: цілісність, структура, управління, зв'язок, самоорганізація, цілі тощо.

Не дивлячись на значущість окремих ознак держави як певної системної організації, в соціальних системах провідну роль відводять такій ознаці, як цілісність. Першочергова увага даній ознаці зумовлена тим, що цілісність виступає умовою існування системи (держави), виразом усіх інших ознак, оскільки цілісність характеризує все те стійке, стабільне, глибинне, що властиве системі як системі, обумовлює її цілісність, єдність, динаміку, взаємоузгодженість її частин, елементів, усуває їх антагонізм тощо.

Цілісність свідчить не тільки про об'єкт як систему, а й сприяє його самостійному існуванню, надає своєрідний знак якості, виступає об'єктивною тенденцією розвитку держави. Цілісність держави виникає в результаті інтеграції між окремими частинами суспільства, соціально-політичної системи, взаємодії їх властивостей, ознак, функцій тощо, але в рамках єдиного, загального або цілого.

Цілісність – це певний орієнтир розвитку суспільства, соціально-політичної системи, що обумовлює всю комплексну спрямованість держави, її архітектуру. Детермінація цілісності у функціонуванні соціальної системи позначається і на подальшій детермінації системи по відношенню до своїх частин. В режимі цієї зумовленості і синтезується держава як ціле, яка підпорядковує свої частини і елементи виниклої соціально-політичної цілісності, перетворює їх відповідно до її природи. Цей феномен соціально-політичної дійсності демонструє класову, гуманістичну чи іншу сутність цієї державно-правової системи, панівного політичного режиму. Саме в цьому полягає секрет дієздатності, історичного довголіття держави як системи<sup>1</sup>.

Водночас колишні властивості частин та елементів суспільства, які були їм притаманні до входження в політичну систему, зникають або, навпаки, актуалізуються. При необхідності окремі частини і елементи суспільства перетворюються у свій новий стан. Наведемо приклад, як це відбувалося з первісними соціальними регуляторами, тобто звичаями, які були частково прийняті політичною владою і трансформувалися в ті чи інші нормативно-правові акти, частково відкинута, оскільки суперечили новим панівним інтересам. Таким чином, на всіх компонентах держави лежить своєрідна “печатка” її цілісності, що виявляється в її сутності, формах, функціях, призначенні. Отже, беручи до уваги вищевикладене зазначимо, що цілісність держави відноситься до всіх проявів держави – як внутрішніх, так і зовнішніх.

Для держави цілісність виступає не примхою правлячого режиму і не тільки певним результатом попереднього історичного розвитку суспільства. Охороняючи свою цілісність – політичну, економічну, територіальну, правову, соці-

<sup>1</sup> Общая теория права и государства: [учебник] / [под ред. В.В. Лазарева]. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Юристъ, 2001. – С. 158-192.

альну, ідеологічну – держава в особі публічної влади охороняє панівний право-порядок, захищає суспільство від асоціальних проявів, від розпаду суспільства як такого. У забезпеченні державою своєї цілісності ми вбачаємо не тільки вираз існуючих суспільних відносин, а й її (держави) природний “інстинкт”, із втратою якого виникають різні соціальні катаклізми. Саме тому цілісність держави і необхідно розглядати як ознаку держави, що виражає стійкість, стабільність, реалізується в певному політичному режимі, союзі з суспільством, особистістю.

Цілісність – первинний домінуючий і детермінуючий фактор держави як цілого, як системи. Держава не може існувати поза чи незалежно від неї. Таким чином, це означає: по-перше, в соціально-політичній системі об’єктивно необхідно верховенство цілого над частинами та елементами, цілісності цілого над цілісністю частин та елементів; по-друге, цілісна соціально-політична система – єдина можлива форма існування держави. Останнє може бути різним за формою державного правління, формою державного устрою і політичним режимом, але вона не може бути позбавлена своєї цілісності. Держава як не цілісна система – теоретичний нонсенс. Втрата з якихось причин державою своєї цілісності межує з її політичною деградацією, розвалом як певної системи, як цілого.

Виключення країни із загального контексту розвитку цивілізації, ігнорування принципів громадянського суспільства, правової державності призводить до політичної стагнації, економічного застою, ідеологічного догматизму, духовної убогості і як результат до руйнування та розвалу. Криза основоположних морально-правових цінностей суспільства, ігнорування закономірностей формування цілісних систем завжди призводять до політичного і духовного паралічу, такий стан загрожує розкладом самої тканини соціального життя<sup>1</sup>.

У забезпеченні цілісності держави величезну роль відіграють духовні основи політичної системи. При збереженні духовних орієнтирів і при одночасному руйнуванні єдиного політичного, економічного, територіального та правового поля держави, держава як цілісна система здатна на відродження. Історичним прикладом є історія Русі, коли після різного роду руйнувань зберігалася єдність вищих моральних, духовних цінностей, які стали в подальшому основою для поступового відродження Російської держави; величезну роль в цьому випадку відіграла церква – духовний оплот і моральний гарант російського народу.

Таким чином, якою б не була організація держави, її цілісність ніколи не може бути ідентична цілісності всього суспільства, як явища більш складнішого і менш однозначного. В кращому випадку вони можуть більш-менш відповідати один одному, доповнювати один одного, але не рівнятися або бути тотожними один одному. За певних умов духовна цілісність суспільства, його настроїв,

<sup>1</sup> Чинчиков А.А. Целостность государства: вопросы теории: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. – М., 1995. – 34 с.



усталених моральних і етичних норм, формування яких не завжди піддається раціональному теоретичному поясненню, можуть стати причиною глибоких перебудов, здавалося б, здорового державного організму, навіть при стабільних економічних відносинах. Тому політична, економічна і будь-яка інша цілісність держави завжди має відштовхуватися від цілісності суспільства і, насамперед, духовної та моральної.

Виникнення цілісної держави є наслідок дії загальних причин всезагального взаємозв'язку явищ навколишнього світу людини, загальної системності, взаємозалежності мислення і буття. Але на її формування також впливають такі причини, які характерні для конкретного історичного етапу розвитку суспільства, які, не скасовуючи загальні закономірності, відображаються на специфіці, особливостях державно організованої системи. Отже, цілісність держави ніколи не буває стандартною для всіх народів і культур на всіх етапах історичного розвитку. Хоча кожна історична епоха характеризується власними і тільки їй притаманними соціально-політичними параметрами, розстановкою сил, пріоритетів тощо, а отже в завжди глибокі національні, культурні, духовні, ментальні характеристики, які йдуть з глибини століть, з історії народу, суспільства, держави<sup>1</sup>.

Цілісність держави не може бути аморфною, ірреальною, штучно сконструйованою. Навпаки, вона завжди повинна бути системою чітко окреслених правом меж поведінки суб'єктів права. Сама її сутність виключає будь-яке довільне тлумачення незалежно від об'єктивних принципів системної організації цілого, виражає нерозривний зв'язок форми з вмістом як своєрідна генетично задана програма для певного рівня розвитку, наприклад держави, які виявляються в конкретних політичних реаліях. Поряд з історичними та міжнародними механізмами, цілісність держави являє собою найбільш високий рівень соціально-політичної організації суспільства, його нормативно-правового узагальнення.

Таким чином, проаналізувавши вищевикладене ми дійшли наступних висновків, що: 1) цілісність є такою системною ознакою держави, яка виражається в стабільності, стійкості суспільних відносин, фіксує увагу на факторах внутрішньої впорядкованості, організованості, взаємоузгодження політичної системи; 2) не кожна держава є цілісною соціально-політичною системою, але будь-яка держава не може розвиватися, не будучи цілою; 3) держава як цілісна система може бути різного рівня складності: від унітарної до федеративної; 4) цілісність держави вказує на той чи інший історичний тип держави, рівень розвитку демократії, культури, статус людини в цій системі як особистості і громадянина; 5) як будь-яке соціальне явище, цілісність держави пов'язана з свідомістю людини, рівнем морального, духовного розвитку суспільства; 6) цілісність держави простежується в рівні життя населення, ступені соціальної захищеності людини, забезпеченості цивільних прав і свобод, здатності полі-

<sup>1</sup> Чинчиков А.А. Целостность государства: вопросы теории: [монография] / А.А. Чинчиков. – М.: Манускрипт, 1995. – 250 с.

тичної влади здійснювати надану їм владу на легітимних, правових, моральних підставах; 7) цілісність держави – це підсистема існуючої суспільної системи; адекватність цілісності держави, цілісності суспільства – одна з головних умов стабільності політичної системи; 8) цілісність держави – це одна з основ політичної влади, спосіб організації, розмежування, з'єднання, поєднання соціальних потреб та інтересів; в такому випадку її можна розглядати в якості певного союзу громадян, соціальних груп, спрямованих на об'єднання в єдину державу; 9) забезпечення своєї цілісності – один з принципів держави, який виражається в ряді його функцій, спрямованих на охорону єдиного економічного, політичного, територіального, правового простору на всій території країни.

Олег Лук'янчиков,

к.ю.н., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін,  
господарського та трудового права

Харківського національного педагогічного університету ім. Г. С. Сковороди  
lukonik@gmail.com

## МАТЕРІАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ РОБОТОДАВЦЯ ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Актуальність дослідження положень проекту Трудового кодексу України<sup>1</sup> (далі – пТКУ) щодо матеріальної відповідальності роботодавця обґрунтовується тим, що у Трудовому кодексі України буде закладено засади правового регулювання трудових відносин на довгі роки, а відтак, його положення повинні бути виважені, обґрунтовані і відповідати не тільки умовам сьогодення але й з роками залишатися актуальними і сучасними.

Оскільки трудове законодавство може передбачати лише трудо-правову відповідальність, то відповідну главу пТКУ слід назвати “Матеріальна відповідальність роботодавця”. Щодо змісту такої глави, то вона, на наш погляд, повинна містити усі норми щодо матеріальної відповідальності роботодавця. Проте автори пТКУ пішли іншим шляхом: глава має назву “Відповідальність роботодавця” і включено до неї лише п'ять статей, а ще сім статей щодо матеріальної відповідальності роботодавця розпорошено по інших главам пТКУ (ст.ст. 37, 56, 85, 127, 263, 434, 435).

Передбачивши статтю із назвою “Підстава та умова відповідальності роботодавця”, її автори не передбачили наявності шкоди, заподіяної працівнику, як умови матеріальної відповідальності роботодавця. Навряд чи можна дати позитивну оцінку такій позиції авторів пТКУ, оскільки вона входить у протиріччя із загальними положеннями вчення про матеріальну відповідальність (на

---

<sup>1</sup> Проект Трудового кодексу України №2902 від 22.04.2013 [Електронний ресурс] // Верховна Рада України – 2014. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=46746](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46746).

шкоду, як необхідну умову матеріальної відповідальності роботодавця вказували П.Р. Стависький<sup>1</sup>, Л. О. Сироватська<sup>2</sup>, Н. М. Хуторян<sup>3</sup>, С. М. Прилипко<sup>4</sup> тощо).

Ще у 1982 році П. Р. Стависький зазначав, що на підприємство слід покласти матеріальну відповідальність за будь-яку шкоду, заподіяну працівнику або службовцю порушенням обов'язку в трудових правовідносинах<sup>5</sup>. Минуло вже 32 роки, а ця пропозиція так і не знайшла відображення ані у чинному трудовому законодавстві, ані у положеннях пТКУ.

Не знайшлося у пТКУ і міста для визначення таких понять як шкода та збитки, не розкрито склад збитків, не передбачено загального правила щодо обсягу відшкодування шкоди, що безперечно спричинить складнощі у правозастосовній практиці.

Передбачивши у ч. 1 ст. 412 пТКУ вину обов'язковою умовою матеріальної відповідальності роботодавця, автори пТКУ зробили спробу розкрити цю категорію у ч.2 ст. 412 пТКУ. Зроблено це не шляхом визначення поняття “вина”, а шляхом “від протилежного”: “Роботодавець несе відповідальність перед працівником за умови, якщо він не доведе, що шкоду заподіяно внаслідок дії непереборної сили”.

У порівнянні з чинним КЗпП України, така норма є прогресивною, оскільки не тільки передбачає підставу звільнення роботодавця від матеріальної відповідальності, але й однозначно вирішує питання про вину роботодавця. Проте, незрозуміло, чому не передбачено такі підстави звільнення роботодавця від матеріальної відповідальності як випадок та винні дії працівника (наприклад, працівник умисно не отримує трудову книжку та розрахунок при звільненні).

На наш погляд, у пТКУ повинна бути стаття, яка б максимально докладно визначала засади матеріальної відповідальності.

У пТКУ передбачено матеріальну відповідальність за шкоду, заподіяну наступними порушеннями роботодавцем права на працю: 1) необґрунтована відмова у прийнятті на роботу (ст. 37 пТКУ); 2) відмова надати працівникові роботу відповідно до укладеного трудового договору (ст.56 пТКУ); 3) незаконне

<sup>1</sup> Стависький П. Р. Материальная ответственность предприятия в трудовых отношениях / Ставицкий П. Р. - Киев, Одесса: Вища шк., 1987. - 179 с. Стависький П. Р. Проблеми матеріальної відповідальності в советском трудовом праве / Ставицкий П. Р. - Киев, Одесса: Вища шк., 1982. - с.61.

<sup>2</sup> Сыроватская Л. А. Ответственность за нарушения трудового законодательства / Сыроватская Л. А. - М.: Юрид. лит., 1990. - с.135.

<sup>3</sup> Хуторян Н. М. Теоретичні проблеми матеріальної відповідальності сторін трудових правовідносин: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – с.183; с.221.

<sup>4</sup> Прилипко, С. М. До питання матеріальної відповідальності сторін трудового договору [Текст] / С. М. Прилипко // Проблеми законності. Вип. 100. - Х.: Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2009. - С. 155.

<sup>5</sup> Стависький П. Р. Проблеми матеріальної відповідальності в советском трудовом праве / Ставицкий П. Р. - Киев, Одесса: Вища шк., 1982. - с.159.

переведення працівника на іншу роботу (ст.434 пТКУ); 4) незаконне відсторонення від роботи (ст.85 пТКУ); 5) незаконне звільнення (ст.434 пТКУ); 6) затримка виконання рішення про поновлення на роботі (ст.435 пТКУ).

Зазначені статті мають певний набір недоліків. Так, вони необґрунтовано надають право на відшкодування шкоди, заподіяної порушенням права на працю лише визначеному колу осіб або у визначених випадках. Наш погляд, така шкода повинна відшкодовуватись всім особам у всіх випадках порушення права на працю.

Простежується деяка непослідовність і у термінології, що використовується у пТКУ. Наприклад, якщо ч.2 ст.37 пТКУ передбачає відповідальність “у разі відмови в укладенні трудового договору”, то ч.1 ст. 37 пТКУ позбавляє роботодавця “права відмовити у прийнятті на роботу”, а у ч.1 ст.31 пТКУ “забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу”. Також, ч.2 ст.37 пТКУ одного із суб’єктів відносин по працевлаштуванню спочатку іменує “особою, яку направлено на роботу”, а потім – “працівником”.

Необміркованість викладення тексту ч.1 ст.434 пТКУ призводить до неоднозначності розуміння її положень, що призведе до складнощів у правозастосовній практиці. Ч.1 ст.434 пТКУ є безумовним лідером по кількості можливих тлумачень, певна частина з яких дозволить роботодавцю уникнути матеріальної відповідальності.

У певних випадках, положення пТКУ містять необґрунтоване обмеження розміру відшкодування шкоди.

Передбачивши матеріальну відповідальність роботодавця за порушення права працівника на своєчасне одержання винагороди за працю, автори пТКУ безпідставно диференціювали заходи відповідальності. Так, статті 127 та 263 пТКУ передбачають принципово різну відповідальність роботодавця, хоча негативні наслідки правопорушення для працівника рівнозначні.

Поклавши на роботодавця обов’язок видати працівнику у день звільнення трудову книжку, копію наказу про звільнення та рекомендаційну характеристику (ч.1 ст.125 пТКУ), автори пТКУ не передбачили матеріальну відповідальність роботодавця у випадку невідачи зазначених документів у день звільнення.

Позитивної оцінки заслугують певні новели запропоновані у проекті Трудового кодексу України. Так, ч.3 ст.434 пТКУ передбачає можливість працівника, замість поновлення на роботі, отримати компенсацію в розмірі, визначеному за домовленістю із роботодавцем, але не нижче середньої заробітної плати за 12 місяців. Кроком вперед є і ст.ст.413,414 пТКУ, перша, з яких передбачає матеріальну відповідальність роботодавця за шкоду, що заподіяна майну працівника, а друга – за невиконання обов’язків щодо надання працівникові матеріальних благ і послуг.

В світлі поставленого питання, основною проблемою проекту Трудового кодексу України є відсутність єдиної концепції матеріальної відповідальності роботодавця. Як вбачається із тексту досліджуваних положень пТКУ, їх автори

пішли шляхом копіювання норм чинного КЗпП України. Непослідовне застосування термінології, недосконалість викладення тексту та використання застарілих конструкцій дозволяє дійти висновку про необхідність докорінних змін положень проекту Трудового кодексу України щодо матеріальної відповідальності роботодавця.

Для того щоб Трудовий кодекс України був дійсно новим, необхідно переосмислити таку категорію як матеріальна відповідальність роботодавця, і викласти відповідний інститут трудового права з врахуванням здобутків науковців та реалій сьогодення.

**Никита Лютов,**

д.ю.н., зав. кафедрой трудового права и права социального обеспечения  
Московского государственного юридического университета  
имени О. Е. Кутафина (МГЮА)  
nlioutov@mail.ru

## **К ВОПРОСУ О ГИБКОСТИ НОРМ И КОНТРОЛЯ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРУДОВЫХ НОРМ<sup>1</sup>**

**К**оординационный характер международного права<sup>2</sup> порождает сложность согласования на международном уровне детальных и конкретных международных трудовых стандартов и фактическую невозможность принуждения основных субъектов международного трудового права – государств – к исполнению принятых на себя обязательств в отношении соблюдения международных трудовых стандартов.

*Первая* из указанных особенностей международного трудового права приводит к тому, что содержание юридически обязательных международных трудовых норм становится максимально гибким, декларативным и, во многом, выхолощенным. Международная организация труда (МОТ) и другие международные организации, отвечающие за выработку международных трудовых стандартов (Совет Европы, ООН и др.), сопровождают принятие юридически обязывающих международных норм рекомендательными актами, конкретизирующими их содержание.

Однако правоприменительная практика в течение долгого времени доказывала, что такие “заведомо необязательные” акты “мягкого права” недостаточны для обеспечения эффективного применения государствами международных трудовых стандартов. В результате международные организации постепенно стали распространять практику чрезвычайно расширительного толкования

---

<sup>1</sup> Работа проводилась при финансовой поддержке Министерства образования и науки за счет средств государственного задания на выполнение НИР по проекту 1658.

<sup>2</sup> См. об этом, например: Граф Витцтум В., Дольцер Р., Куниг Ф. и др. Международное право. М.-Берлин: Инфотропик Медиа, 2011. С. 6.

международных норм. Статус таких актов толкования не слишком ясен. Так, К.Д. Крылов называет их “международными правовыми воззрениями”, не уточняя их правового статуса<sup>1</sup>, а немецкий специалист в области сравнительного трудового права М. Вайс считает их “проблематичным с юридической точки зрения”<sup>2</sup>. Кроме того, международные организации, начиная с Совета Европы<sup>3</sup> стали говорить о “живом и динамичном” характере международных трудовых норм, понимание которых может изменяться и модифицироваться с течением времени с учетом нового исторического контекста. Таким образом, возникает весьма существенная разница между буквальным текстуальным содержанием международных трудовых норм и их пониманием со стороны международных организаций, что не может не приводить к разногласиям международных организаций с государствами, обязанными соблюдать эти нормы.

*Вторая* особенность международного трудового права (невозможность принуждения государств) неразрывно связана с первой и приводит к тому, что механизмы контроля за соблюдением международных трудовых стандартов носят не столько юридический характер, сколько политический. Наиболее распространенный ярлык в отношении международных контрольных процедур — это “naming and shaming” (“называть и пристыжать”). На академическом уровне идут дискуссии по поводу недостатка контрольных полномочий МОТ, за что ее нередко называют “беззубым тигром”.

Невозможность принуждения к исполнению международных трудовых норм снижает эффективность их применения и приводит к тому, что международные контрольные процедуры становятся весьма “мягкими” в отношении государств, обязанных их соблюдать. Более того, международные организации, зависящие от финансирования со стороны государств-членов, оказываются не в состоянии сколь-нибудь серьезно оказывать на них и политическое давление с целью обеспечения выполнения государствами международных трудовых стандартов. В связи с этим дела, связанные с несоблюдением государствами международных трудовых норм, могут рассматриваться в рамках МОТ в течение многих лет без гарантии достижения успешного результата. Например, наиболее громкое дело, связанное с массовым использованием в Мьянме принудительного труда, рассматривалось *более сорока лет*, причем в данном деле единственный раз были использованы экономические санкции со стороны

<sup>1</sup> Крылов К.Д. Тенденции развития правовых стандартов политики в сфере труда. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 73.

<sup>2</sup> Weiss M. International Labour Standards: a Complex Public-Private Policy Mix // The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations Vol. 29, No.1, 2013. P. 10.

<sup>3</sup> Такая позиция неоднократно формулировалась Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) в ряде резонансных дел. См.: ECtHR: Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 68; Soering v. United Kingdom, 7.07.1989, para. 102, series A №161; Vo v. France [GC], №53924/00, para. 82, ECHR 2004–VIII, Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], №46827/99 and 46951/99, para. 121, ECHR 2005–I.

государств-членов после призыва Международной конференции труда, сделанного на основании ст. 33 Устава.

Не менее важное последствие координационного характера международного права в отношении международных контрольных процедур связано с отсутствием юридической четкости их правового статуса. В рамках МОТ часто возникали дискуссии по поводу недостатка прозрачности механизмов контроля, связанной с запутанной структурой процедур и полномочий контрольных органов. В результате этого даже делегатам Административного совета МОТ и сотрудникам МОТ с долгим стажем работы зачастую трудно составить себе достаточно четкую и ясную картину относительно функционирования системы контроля<sup>1</sup>.

В 2008 г. Комитет по юридическим вопросам и международным трудовым стандартам Административного совета МОТ провел исследование<sup>2</sup> эффективности взаимодействия между различными контрольными процедурами МОТ на основе анализа семи специально отобранных конкретных примеров. Практически во всех семи рассмотренных делах одни и те же вопросы заново рассматривались различными контролирующими инстанциями. Во всех делах разбирательство продолжалось по много лет. По оценке самого Комитета, из семи рассмотренных дел в трех случаях поднятые в них вопросы остались неразрешенными. Частичное разрешение было достигнуто в двух делах. Полное разрешение проблемы имело место только в одном случае. Причем в ряде случаев, когда зафиксирован частичный успех, он объясняется экспертами не внешним воздействием со стороны МОТ, а внутренними причинами политического характера.

Кроме того, процедуры контроля за соблюдением актов МОТ используются очень неравномерно. Основной объем контрольной работы возлагается на Комитет экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций (КЭ) и Комитет по свободе объединения (КСО). КЭ ежегодно рассматривает 2-3 тысячи докладов государств-участников МОТ о соблюдении конвенций<sup>3</sup>; на каждой сессии Международной конференции труда Комитет Конференции по применению конвенций и рекомендаций (КК) отбирает для рассмотрения 25 индивидуальных дел<sup>4</sup>, по замечаниям, сделанным КЭ в отношении докладов государств. Теоретически, эти дела должны представлять собой наиболее

<sup>1</sup> ILO. Governing Body, 279-th Session, November 2000. Possible improvements in ILO standards-related activities. ILO Doc. No. GB.279/4. P. 10.

<sup>2</sup> ILO. Governing Body 303d Session, Geneva, November 2008. Committee on Legal Issues and International Labour Standards (LILS) Fourth item on the agenda. Improvements in the standards-related activities of the ILO: Improving the coherence, integration and effectiveness of the supervisory system through a better understanding of its dynamics (further study from a substantive and practical standpoint). ILO Doc. No. GB.303/LILS/4/2. Geneva: ILO, 2008.

<sup>3</sup> См. доклады КЭ на сайте МОТ: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/>.

<sup>4</sup> ILO. The Committee on the Application of Standards of the International Labour Conference: a dynamic and impact built on decades of dialogue and persuasion. Geneva: ILO, 2011. P. 2.

проблемные и резонансные случаи нарушения норм МОТ, но в значительной степени количество и конкретная подборка дел определяется не сутью или объемом замечаний КЭ, а фактическими возможностями КК по их рассмотрению. То, какие именно дела, рассмотренные КЭ, подлежат дальнейшему рассмотрению в КК, определяется самим КК на основе предложений, сделанных его делегатами от работников и работодателей; делегаты от правительств также могут предлагать дела, но этого почти не происходит на практике<sup>1</sup>.

Но и такая, пусть недостаточно упорядоченная, но очень важная работа высшего контрольного органа МОТ была фактически заблокирована в 2012 г. представителями работодателей, входящими в состав КК. И обусловлено это было, как раз с недостаточно юридическим характером контрольных процедур. Традиционно, большая часть дел, рассматривавшихся КК, связана с правом на забастовку. Но это право напрямую не закреплено ни в одной из конвенций МОТ. В связи с этим представители работодателей заявили, что КК не должен рассматривать дела, связанные с забастовками, поскольку это право, якобы, вообще не закреплено на международном уровне. Это утверждение не только представляет собой образец политического лицемерия, поскольку те же самые представители работодателей в годы Холодной войны апеллировали к праву на забастовку в качестве повода для критики социалистических стран<sup>2</sup>. Оно некорректно и с правовой точки зрения. Во-первых, право на забастовку закреплено в международных договорах, заключенных в рамках ООН и СЕ: Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. и Европейской социальной хартии. Во-вторых, (и с этим связаны основные споры по данному поводу), право на забастовку — это база и необходимое условие для осуществления более общего основополагающего принципа и права в сфере труда — свободы объединения и права на ведение коллективных переговоров. И в качестве такой составной части оно понимается основными контрольными органами МОТ — КЭ, КСО и КК уже в течение более шестидесяти лет с момента принятия фундаментальных Конвенций МОТ о свободе объединения (№87 и 98). Причем, поскольку два последних контрольных органа сформированы на трехсторонней основе, право на забастовку было признано в качестве такового и представителями работодателей. Для России признание права на забастовку на международном уровне важно не с точки зрения самого признания как такового, поскольку это право и так закреплено во внутреннем законодательстве, а

---

<sup>1</sup> ILO Doc. No. GB.279/4. P. 9-11.

<sup>2</sup> См. об этом также: Томашевский К.Л. Влияние глобализации на международные и национальные источники трудового права // Российский ежегодник трудового права, №8, 2012. С. 493-496; Ewing K.D. Myth and Reality of the Right to Strike as a “Fundamental Labour Right” // The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations Vol. 29, No.2, 2013. P. 145-166; Swepston L. Crisis in the ILO Supervisory System: Dispute over the Right to Strike // Ibid. P. 199-218; La Hovary C. Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employers’ Group’s 2012 Challenge to the Right to Strike // Industrial Law Journal Vol. 42, No. 4, 2013. P.338-368.



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

в содержательном аспекте. Контрольные органы МОТ не просто закрепили это право, а сформулировали целый ряд требований в его отношении, существованию количеству которых российское законодательство не соответствует<sup>1</sup>.

С точки зрения международного права можно говорить о том, что признание права на забастовку неотъемлемой частью свободы объединения давно сформировалось в качестве международного обычая, а государства-члены МОТ, считая его обязательным, демонстрируют *opinio juris*, т.е. мнение об обязательности соответствующей нормы, необходимое для констатации факта сложившегося международного обычая. Но такая констатация официально может состояться только после соответствующего решения Международного суда ООН, уполномоченного осуществлять официальное толкование актов МОТ<sup>2</sup>. Однако ни представители работников, ни представители работодателей в настоящее время не решаются обратиться в Международный суд, пытаясь договориться политически, а не юридически. Вряд ли такая осторожность может содействовать эффективности реализации международных трудовых норм, всякий раз зависящих от доброй воли всех сторон.

Представляется, что уделение социальными партнерами, международными организациями и государствами большего внимания именно правовому аспекту взаимодействия национального и международного трудового права могло бы значительно повысить эффективность такого взаимодействия. В частности, постулирование факта существования международных обычных норм по вопросам труда, несомненно способствовало бы повышению эффективности международного трудового права.

**Лариса Макаренко,**

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
teorija\_06@inbox.ru

## СВІТОГЛЯД ТА ПРАВОВА КУЛЬТУРА ЯК ЧИННИКИ ВПОРЯДКУВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН

**П**одії, що відбуваються останнім часом в Україні свідчать про те, що проблема становлення нової правової культури людини яка покликана формувати національно свідому і духовно багату націю є досить важливою і актуальною.

Сучасна Україна розвивається на конституційно визначених засадах демократичної, соціальної і правової держави. Така держава неможлива поза правовою культурою більшості її громадян. Адже правова культура кожного

---

<sup>1</sup> См. об этом: Лютов Н. Л. Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования: научно-практическое пособие. М.: АНО "Центр социально-трудовых прав", 2012. С. 40-48.

<sup>2</sup> Пункт 1 ст. 27 Устава МОТ.

громадянина обумовлює загальну повагу до права в суспільстві, культивування принципу верховенства права, і, таким чином, реальне функціонування всіх інших інститутів держави <sup>1</sup>.

Слід зазначити, що діяльність по перетворенню суспільства повинна спиратись на загальнонотеретичні та методологічні основи, невід'ємним компонентом яких є світоглядний аспект. Останній визначає стратегічні цілі, цінності, засоби соціальної трансформації, міру, у випадку необхідності, коригування чи зміни стратегічних цілей та програми їх реалізації <sup>2</sup>.

Саме, питання про ставлення до світу, про місце людини в світі є основним питанням світогляду, не вирішивши його, людина не буде підготовленою до впорядкованого, обгрунтованого вибору життєвих траєкторій у всіх сферах буття і діяльності.

Світогляд є формою суспільної самосвідомості людини, через яку вона сприймає, осмислює та оцінює навколишню дійсність як світ свого буття й діяльності, визначає і сприймає своє місце й призначення в ньому. У світогляд входять узагальнені уявлення про світ і саму людину, про спрямованість ходу подій у світі, про сенс людського життя, історичну долю людства тощо, а також система переконань, принципів та ідеалів. Світогляд формується внаслідок практичного освоєння духовної культури суспільства (науки, літератури, мистецтва), пануючих у ньому політичних, моральних, естетичних, правових, релігійних (або атеїстичних), філософських та інших поглядів, а також духовних почуттів – громадянських, моральних, естетичних тощо, на які спираються віра й переконаність у реальності відповідних громадянських, моральних, естетичних і пізнавальних ідеалів, надія на їх здійснення <sup>3</sup>.

В. Черноволенко вбачає специфічну функцію світогляду в тому, щоб слугувати способом узагальненого усвідомлення людиною свого ставлення до оточуючої дійсності, визначення свого місця в світі, усвідомлення мети і змісту свого життя і діяльності. Всі уявлення, погляди, поняття, принципи, які безпосередньо виконують цю функцію, є світоглядними <sup>4</sup>.

Однією з фундаментальних потреб особистості є світоглядна культура. Задовлення цієї потреби забезпечує нормальне функціонування і розвиток особистості в суспільстві за умови, що сформований особистий світогляд відповідає об'єктивному змісту умов життєдіяльності в цьому суспільстві. Отже

---

<sup>1</sup> Ганзенко О. О. Формування правової культури особи в умовах розбудови правової держави Україна / О. О. Ганзенко; автореф. дис. ... к. ю. н.; спец. 12.00.01 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. - К., 2003. - С. 3.

<sup>2</sup> Бойко А. І. Соціальна трансформація суспільства та проблема світогляду / А.І.Бойко // Електронний ресурс. – Режим доступу: [http:// lib.chdu.edu.ua/pdf/naukpraci/history/2004/32-19-4.pdf](http://lib.chdu.edu.ua/pdf/naukpraci/history/2004/32-19-4.pdf)

<sup>3</sup> Гончаренко С.У. Український педагогічний словник / С. У. Гончаренко. – К.: Либідь, 1997. – С. 299.

<sup>4</sup> Черноволенко В. Ф. Мировоззрение и научное познание / В. Ф. Черноволенко. – К.: Наука, 1970. – С. 51.

світогляд як система внутрішніх регуляторів є надбанням внутрішнього світу особистості лише за формою та індивідуально-особистісним механізмом, тоді як джерелом його смислоутворення є зовнішнє суспільне <sup>1</sup>.

Культура утворює соціальний контекст суспільства як соціальної системи. Цей контекст виступає загальною характеристикою цінності та значущості суспільства і людської особистості як явищ природної та соціальної реальності, що виявляють себе як певні культурно-історичні утворення як на рівні конкретної людини, так і на рівні суспільства <sup>2</sup>. Вони обумовлюються загальним розвитком цілого, тобто всієї соціальної системи, складовими якої вони є, та в той же час взаємно підтримують і визначають один одного. У сукупності це становить людську історію – у певному розумінні, досвід освоєння людського буття, зв'язок минулого, сучасного та майбутнього.

Лише людина, з належною культурою, в тому числі соціальною, стверджує О. Костенко <sup>3</sup>, може бути справедливою, гуманною, чесною, благородною, конкурентоспроможною і володіти усіма іншими достоїнствами справжньої, тобто “природної” Людини.

Саме через культуру людина “приходить до себе”, розпізнає (самопізнає) себе як істоту, відмінну від всього іншого природного світу, як таку, яка перетворює цей світ, робить його частиною “свого світу” як світу культури <sup>4</sup>. Саме через культуру вона досягає (й проникається розумінням унікальності) стану свободи, в якому її природа набуває дійсності “людської” визначеності. Саме через культуру людина усвідомлює межі і безмежжя свого ставлення до світу, марність і велич своїх творчих здібностей щодо його перетворення й, зрештою, своє власне духовно-тілесне єство, спрямоване у вічність.

Культура стала сферою самореалізації, саморозвитку, самосвідомості людини. Культура характеризує людину як істоту духовну, що здійснюється над обмеженістю матеріально-заземленого буття <sup>5</sup>. Людина як уособлення духовної унікальності усвідомлює свою причетність до універсальних засад буття. Людина культурна або духовна – це людський індивід, якому притаманні такі високі почуття, як відповідальність за гармонійність буття, моральна та ме-

<sup>1</sup> Бондар Г. О. Пошук шляхів формування гуманістичного світогляду майбутніх учителів при викладанні філологічних дисциплін / Г. О. Бондар // Елект.ресурс. – Режим доступу: [http://library.udpu.org.ua/library\\_files/psuh\\_pedagog\\_probl\\_silsk\\_shkolu/11/visnuk\\_8.pdf](http://library.udpu.org.ua/library_files/psuh_pedagog_probl_silsk_shkolu/11/visnuk_8.pdf)

<sup>2</sup> Селіванов В., Діденко Н. Правова природа регулювання суспільних відносин / В. Селіванов, Н. Діденко // Право України. – 2000. - № 10. – С. 14.

<sup>3</sup> Костенко О. М. Культура і закон – у протидії злу: Монографія / О. М. Костенко. – К.: Атіка, 2008. – С. 33.

<sup>4</sup> Губерський Л. Культура. Ідеологія. Особистість: Методолого-світоглядний аналіз / Л. Губерський, В. Андрущенко, М. Михальченко. – К.: Знання України, 2002. – С. 57.

<sup>5</sup> Оніщенко Н. М. Сприйняття права в умовах демократичного розвитку: проблеми, реалії, перспективи: Монографія / Н. М. Оніщенко; Відп. ред. академік НАН України Ю. С. Шемшученко. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 14.

тафізична інтуїція, здатність до сприйняття корисного для свого суспільства (зокрема, права) тощо. Такі люди прагнуть Краси, Істини, Справедливості, Гармонії, Порядку та Злагоди.

Отже, однією з найголовніших, провідних потреб людини як соціальної істоти є потреба в самовиявленні, самореалізації та самоствердженні, яка може задовольнятися лише в контексті суспільних зв'язків, стосунків, у тому числі й у процесі правової діяльності. Відомо, що суспільні стосунки – необхідна умова виникнення в людини складової системи потреб, мотивів, цілей життєдіяльності, її домагань, очікувань, прагнень і багатьох інших системних утверджень, що загалом забезпечують людині можливість стати особистістю.

Безумовно, культура функціонує у формах, які припускають особистісне розкриття. Тому культурно-історичний процес репрезентує неповторні риси як індивідуального буття людини, так і історичної особистості людських спільностей (соціальних груп, етносів, націй). Загальнолюдська культура існує лише як загальнозначущий аспект національних (чи етнічних) культур, а вони конституюються як ціннісно-нормативне виявлення долі народу, його власної життєвої траєкторії в універсумі історії.

Як зазначає І. Яковюк, що спроби пізнати оточуючу правову дійсність, дивлячись на неї виключно крізь призму традицій і цінностей чужої правової культури, забуваючи при цьому співставляти отримані результати з власними правовими надбаннями і напрямками розвитку, призводять, як правило, лише до трансляції чужих поглядів і стереотипів, а відтак не мають творчого характеру і нездатні збагатити національну правову культуру. Більш продуктивним є рівноправний діалог різних правових культур, який з одного боку, допомагає подолати замкнутість і однобічність поглядів і підходів кожної з них, а з іншого – не спричиняє їх злиття, оскільки кожна зберігає свою органічну єдність, цілісність і неповторність <sup>1</sup>.

Багато бід України – від втрати культурної ідентичності, від руйнування механізмів її відтворення <sup>2</sup>. Ось чому вивчення права потребує нового виміру – через якість феномену національно-правової культури, де б право розглядалося в контексті культурно-правової ментальності суспільства, шляхом входження до його змісту, а не через формальну номінацію “правом” всіх історичних продуктів національного правопорядку. Завдання такої методології – знайти такі зміни в праві, які б не розривали цілісності цього юридичного феномену з духовним станом України, з її унікальним культурним світом.

Розглядаючи право та аналізуючи його як вияв культури, ми акцентуємо увагу на багатогранності та складності явища. На процес його утворення впли-

<sup>1</sup> Яковюк І. В. Правова культура в умовах глобалізації та європейської інтеграції / І. В. Яковюк // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2007. – Вип. 13. – С. 10.

<sup>2</sup> Крумаленко М. В. Правова культура як симбіоз права і культури / М. В. Крумаленко // Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави: Збірник наукових праць. – Черкаси: Видавець Чабаненко Ю. А., 2010. – С. 49.

вають різні причини, на нього перехресно діють численні елементи та умови суспільного життя, і важко знайти той аспект життєдіяльності суспільства, на який би право не мало визначального або суттєвого впливу.

Цінність сучасного права відображається не лише в його можливості забезпечити високий рівень впорядкування суспільних відносин, а і в реальному задоволенні різноманітних законних, соціально-справедливих інтересів суспільства загалом та окремих індивідів. Право повинно стати по-справжньому мірилом свободи та соціальної справедливості.

Основним призначенням сучасного права є забезпечення суспільної злагоди, гарантування стабільності суспільних відносин; забезпечення автономності особи, визначення міри свободи поведінки особи, гарантування соціальної захищеності індивідуальних суб'єктів; утвердження духовних цінностей та загальнолюдських ідей; знаходження соціального компромісу та врегулювання конфліктів на основі цивілізованих принципів.

Сьогодні, коли відбувається широкомасштабна трансформація соціального буття, змінюються соціальні цінності, норми діяльності і поведінки людей, особливого значення набуває ефективно-нормативно-правове упорядкування процесів суспільного розвитку. Необхідність вирішення цього завдання зумовлює підвищення ролі та значення правової культури, цілеспрямований вплив її цінностей на процес трансформації суспільних відносин.

**Олександр Малишев,**

к.ю.н, науковий співробітник відділу історико-правових досліджень  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
savurmog@ukr.net

## **ОБЛІК НЕРУХОМОЇ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ У КОНТЕКСТІ ПОЛІТИКИ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ: ВІТЧИЗНЯНІ РЕАЛІЇ ТА ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД**

**У** колі наукових інтересів М. І. Палієнка помітне місце посідає проблематика державного устрою. Ще в своїй праці 1917 р., присвяченій питанням автономізму й федералізму, він розглядав відповідні явища крізь призму поняття децентралізації. Децентралізацію він поділяв на види, серед яких: 1) урядова децентралізація (передавання повноважень місцевим органам державної влади); 2) делегування адміністративної влади органам місцевого самоврядування; 3) законодавча децентралізація (надання певній частині держави обласної автономії). Утворення федеративних держав, до яких вчений відносив, передусім, Сполучені Штати, Німеччину та Швейцарію, відбулося жодним чином не в процесі децентралізації. Їх розвиток ішов від повної державної самостійності окремих земель до поступового її обмеження та утворення складеної держави. Саме в спробах федералізації тогочасної Росії, в контексті її постреволюційної

демократизації, М. І. Палиєнко бачив загрозу територіальній цілісності держави. Ризики, на його думку, загострювалися етнічною строкатістю та соціально-культурною відсталістю колишньої імперії<sup>1</sup>. Згодом, у 1923 р. він характеризував новостворений Радянський Союз як конфедерацію, оскільки ознакою федерації вважав юридичну непорушність союзу<sup>2</sup>. При цьому він обстоював тіснішу інтеграцію республік.

У світлі останніх подій в Україні нового значення набуває пошук оптимальної моделі децентралізації. Слід визнати, що в гострій суспільній дискусії з цього приводу українська наука досі не перебрала на себе основної ролі. Звідси є очікуваним, що при загальній негативній оцінці перспективи федералізації України чи надання окремим територіям автономії, відповідну федералізацію чи автономізацію намагаються, зодягнувши їх у нові юридичні форми, подати як адміністративну децентралізацію та гарантування прав місцевого самоврядування. Пропонуються проекти конституційних змін, де передбачається, зокрема, скасування обласних державних адміністрацій та делегування їх функцій виконавчим комітетам обласних рад, що безумовно надасть нашому адміністративному устрою змістовних ознак федерації. Багато спільного з автономізмом мають останні законодавчі новачі щодо особливого порядку місцевого самоврядування в деяких районах Донецької і Луганської областей. Безсистемна, науково-необґрунтована децентралізація дійсно нестиме загрозу територіальній цілісності та державному суверенітету. Разом з тим неефективність існуючої централізованої системи, неможливість налагодження системної бюрократичної роботи в багатьох важливих сферах суспільного життя теж є вкрай очевидною, а тому й необхідність децентралізації є незворотною. Спробуємо продемонструвати переваги децентралізованого підходу на прикладі близької авторові царини обліку нерухомих об'єктів археологічної спадщини.

Законодавством України передбачається взяття на облік усіх виявлених нерухомих об'єктів археологічної спадщини через їх реєстрацію як пам'яток археології. Процедура внесення нових об'єктів до Державного реєстру наукових пам'яток України є надмірно бюрократизованою та централізованою. Остаточне рішення щодо кожної пам'ятки має приймати Кабінет Міністрів України. Специфіка пам'яток археології полягає в тому, що всі вони, згідно зі ст. 17 Закону України "Про охорону культурної спадщини", можуть перебувати лише в державній власності. Цією нормою знімається питання можливості існування пам'яток археології місцевого значення, а отже ускладнюється залучення місцевих органів і територіальних громад до обліку та охорони відповідних пам'яток.

<sup>1</sup> Палиєнко Н. И. Областная автономия и федерация / проф. Н. И. Палиєнко. – Харьковское общество грамотности. Лекции политико-экономических курсов. – Харьков.: Тип. М. Х. Сергеева, 1917. – 16 с.

<sup>2</sup> Палиєнко Н. И. Конфедерации, федерации и Союз Социалистических Советских Республик / проф. Н. Палиєнко / предисл. М. Ветошкина. – Харьков: Госиздат Украины, 1923. – С. 44, 48.

Така система реєстрації пам'яток виявилася фактично недієздатною і не може задовольнити об'єктивних потреб суспільства. Кабінетом Міністрів України прийнято лише кілька постанов з цього приводу. Загальне число зареєстрованих пам'яток археології наразі становить близько трьохсот, хоча за підрахунками археологів на території України відомо понад 30 тис. пам'яток (іноді називаються цифри 57 чи 65 тис.). Археологічні об'єкти, які не були внесені до реєстру, теж мають визначений законом правовий режим і перебувають під правовою охороною, що безумовно є прогресивною позицією нашого законодавства. Ця позиція, втім, після низки змін до закону, зазнала певної ерозії. Так, згідно зі ст. 37 Закону України “Про охорону культурної спадщини” у редакції 2004 р. передбачалося, що щойно виявлені об'єкти культурної спадщини, до вирішення питання про їх реєстрацію, мають охоронятися відповідно до вимог закону. Наприкінці 2010 р. законодавчими змінами було передбачено необхідність занесення щойно виявлених об'єктів до спеціальних переліків об'єктів культурної спадщини, які мають вестися місцевими органами охорони культурної спадщини в порядку, затвердженому Міністерством культури України. Відповідно до нової редакції закону об'єкт культурної спадщини набуває статусу щойно виявленого лише після його занесення до відповідного переліку. Тобто, лише після взяття на облік на такий об'єкт може поширюватись охоронний режим. Крім того, Наказ Міністерства культури України “Про затвердження Порядку обліку об'єктів культурної спадщини” було прийнято лише 11 березня 2013 р., і відповідна робота лише подекуди розпочинається.

Окрему роль у справі обліку та охорони нерухомої археологічної спадщини покликаний відігравати інститут охоронюваних археологічних територій. Такими територіями мають оголошуватись не лише ті території, на яких підтверджено наявність археологічних об'єктів, а й ті, де існування таких об'єктів обґрунтовано передбачається. Через механізм оголошення охоронюваних археологічних територій можна було б компенсувати повільність реєстрації пам'яток, а отже – частково уникнути збитків, які завдаються відповідним об'єктам. Таким чином, процедура оголошення таких територій мала би бути простішою за процедуру реєстрації археологічних пам'яток, а під відповідні території могли б резервуватися доволі великі площі, де згодом було б можливим виявлення десятків нових пам'яток. Водночас, згідно зі ст. 31 Закону України “Про охорону культурної спадщини”, оголошення охоронюваних археологічних територій здійснюється Міністерством культури України у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Відповідна постанова Уряду досі не прийнята попри те, що необхідність її прийняття прямо впливає з закону, починаючи з 2004 р. Проект зазначеної постанови, підготовлений в Міністерстві культури, огортає відповідну процедуру великою кількістю формальностей, роблячи її подібною до реєстрації пам'яток. Крім того, той факт, що рішення про оголошення охоронюваної археологічної території приймає Міністерство

культури і лише за поданням місцевого органу охорони культурної спадщини, виключає офіційну участь у вирішенні відповідних питань наукової спільноти та пам'яткоохоронної громадськості.

Досвід провідних країн світу в царині обліку археологічних пам'яток є дуже відмінним від наших реалій. Ключовим моментом у цьому контексті є саме децентралізація, тобто делегування на місця більшої частини повноважень з обліку культурної спадщини. Розглянемо кілька моделей обліку пам'яток у країнах континентальної Європи, що мають різний державний устрій.

Німеччина, будучи федеративною державою, не перебрала до центру функцій з охорони пам'яток. Конституція ФРН до повноважень федерального уряду відносить лише питання повернення вивезених з країни культурних цінностей. Загальнодержавного пам'яткоохоронного закону в Німеччині не існує, а отже не існує й загальнодержавної системи обліку пам'яток. Відповідне питання вирішується на рівні закону кожної з федеральних земель, де закріплено форми обліку культурної спадщини. Навіть назви відповідних реєстрів пам'яток, які, як правило, ведуться органом охорони пам'яток (Denkmalbehörde) певної федеральної землі, різняться: Denkmalverzeichnis (Саксонія-Ангальт)<sup>1</sup>, Denkmaltbuch (Гессен)<sup>2</sup>, Denkmalliste (Саар)<sup>3</sup> тощо. Внесення доповнень до відповідних баз даних відбувається за гарантованої законом участі територіальних громад, на території яких перебувають пам'ятки. Окремо гарантується публічний доступ до відповідних даних, використання сучасних технологій для зберігання й поширення інформації. Важливим моментом є застереження у відповідних законах щодо того, що кожна пам'ятка перебуває під правовою охороною незалежно від факту її офіційного взяття на облік.

У Королівстві Іспанія, що формально є унітарною державою, основні повноваження з обліку археологічної спадщини значною мірою передані на місцевий рівень. Конституція 1978 р. у ст. 148.1.16 закріпила за автономіями повноваження з охорони місцевих пам'яток<sup>4</sup>. Загальнодержавний закон "Про охорону іспанського історичного надбання" 1985 р.<sup>5</sup> торкається питань обліку, але в дуже лаконічний спосіб. При цьому в кожному з 17 автономних співтовариств,

---

<sup>1</sup> Denkmalschutzgesetz des Landes Sachsen-Anhalt [Elektronische ressource]. – Zutrittsweise: <http://www.lsa.de/denkmalrecht/gesetz/>

<sup>2</sup> Gesetz zum Schutz der Kulturdenkmäler (Denkmalschutzgesetz) [Elektronische ressource]. – Zutrittsweise: [http://www.denkmalpflege-hessen.de/LFDH4\\_Recht/Recht\\_D/recht\\_d.html](http://www.denkmalpflege-hessen.de/LFDH4_Recht/Recht_D/recht_d.html)

<sup>3</sup> Saarländisches Denkmalschutzgesetz (SDschG) [Elektronische ressource]. – Zutrittsweise: [www.saarland.de/dokumente/thema\\_justiz/224-5.pdf](http://www.saarland.de/dokumente/thema_justiz/224-5.pdf)

<sup>4</sup> Constitución Española aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el Pueblo Español en Referendum de 6 de diciembre de 1978, sancionada por S. M. el Rey ante las cortes el 27 de diciembre de 1978 // Boletín Oficial del Estado: Gaceta de Madrid. – Núm. 311.1. – De 29 de diciembre de 1978. – P. 29333

<sup>5</sup> Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Historico Espanol // Boletín Oficial del Estado. – Núm. 155. – De 29 de junio de 1985. – P. 20347.



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

з яких складається держава, функціонує своя система законодавства з цього питання. Кожна пам'ятка, таким чином, має подвійний статус. З одного боку вона належить до історичної спадщини певного автономного співтовариства, а з іншого боку – є надбанням всієї іспанської нації, тобто ієрархії пам'яток національного і місцевого значення не спостерігається.

Серед місцевих систем законодавства в Іспанії взірцевим є законодавство Автономного співтовариства Андалусія. Прийнятий в автономії в 2007 році Закон “Про охорону історичної спадщини Андалусії” становить, передусім, інтерес в закріпленні правового режиму археологічних зон (на яких доведено наявність археологічних об'єктів) і зон археологічного сервіту (Zonas de Servidumbre Arqueológica), на яких обгрунтовано презюмується наявність відповідних об'єктів. Рішення про встановлення таких зон приймається на рівні голови Управління культури і спорту Андалусії, а ініціювати розгляд відповідного питання в управлінні може будь-яка фізична чи юридична особа, що дуже спрощує й демократизує процес<sup>1</sup>. Таким чином, на підставі Наказу управління культури Андалусії від 20 квітня 2009 р. встановлено 56 археологічних зон і 42 зони археологічного сервіту.

Італія, подібно до Іспанії, є унітарною децентралізованою державою, регіони якої мають автономію, у тому числі в законодавчій царині. При цьому звертає на себе увагу той факт, що Конституція Італійської Республіки, на відміну від Іспанської конституції, відносить охорону пам'яток культури до сфери виключного регулювання загальнодержавного законодавства. В країні в 2004 р. було прийнято Кодекс про культурні цінності та пейзажі (Codice dei beni culturali e del paesaggio)<sup>2</sup>. Кодексом встановлюється єдиний національний каталог культурних цінностей. Ст. 17 Кодексу передбачає засади каталогізації пам'яток культури. Організувати та координувати відповідну роботу має Міністерство цінностей та культури (Ministero per i Beni e le Attività Culturali) через “співробітництво з регіонами та іншими публічними територіальними суб'єктами”. Для здійснення відповідних функцій при Міністерстві створено Центральний інститут каталогу та документації. Співробітництво Міністерства культури з місцевими органами в галузі каталогізації пам'яток оформлюється відповідними договорами про співробітництво. Як насправді працює ця система нам поки що достеменно вивчити не вдалося, але цілком зрозуміло, що велика частина роботи з обліку так чи інакше здійснюється на місцях.

У Франції, яка є взірцево унітарною державою, пам'яткоохоронні відносини вичерпним чином урегульовані Патрімоніальним кодексом (Code du

<sup>1</sup> Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía. // Boletín oficial del Estado. – Núm. 38 – de 13 de febrero de 2008. – 7799.

<sup>2</sup> Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, № 42 “Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, № 137” [Risorsa elettronica]. – Modo di accesso: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/04042dl.htm>

patrimoine), який на відміну від Італійського кодексу, містить окрему книгу, присвячену специфічній охороні археологічної спадщини. Повноваження з обліку археологічної спадщини передані на місцевий рівень – археологічним службам регіонів (Services régionaux de l'archéologie), які діють при регіональних дирекціях у культурних справах. Відповідними службами створюється так звана Національна археологічна карта Франції. Міністерство культури лише координує відповідні процеси й узагальнює інформацію. Поруч з археологічними пам'ятками до відповідної карти заносяться зони презумпції археологічного припису (Zones de prescription de prescription archéologique), які є близькими аналогами вітчизняних охоронюваних археологічних територій. Показовим є те, що кодекс майже не вирішує завдання уніфікації процедури та контролю за обліком археологічного надбання, хоча в цьому кодексі, відповідно до специфіки французької техніки кодифікації, систематизовано не лише норми законів (Partie législative), а й норми підзаконних актів (Partie réglementaire)<sup>1</sup>. Звідси випливає висновок, що французькі археологічні служби як органи державної влади мають широкий простір для своїх ініціативних дій.

Загальна кількість охоронюваних законом нерухомих об'єктів на Національній археологічній карті Франції вже станом на 2007 р. становила понад 435 000 (показово, що в 2000 році було 305 700 об'єктів)<sup>2</sup>. Така висока ефективність французької системи змушує ще раз замислитись над тим, що оптимізація обліку потребує, передусім, залучення якомога ширшого кола суб'єктів до цього процесу, а не лише владної вертикалі, контролю та нагляду. Досвід Франції як унітарної держави та країни, де запроваджено спеціальну систему обліку саме археологічної спадщини, здається найбільш придатним для його часткового запозичення в Україні, де поки що немає спеціалізованих державних органів з охорони археологічної спадщини та відповідної системи обліку в формі національної археологічної карти. Безумовно, делегування археологічним службам права самостійно встановлювати охоронний правовий режим щодо певних територій контрастуватиме з нашою попередньою вітчизняною правовою політикою в галузі землеустрою та кадастрування земель з керівною та спрямовуючою роллю органів земельних ресурсів у цьому процесі. Разом з тим законодавцеві країни, яка прагне європейських перспектив, завжди слід ураховувати пріоритет цілей соціально-культурного розвитку та охорони культурної спадщини над сьогоденними потребами народного господарства.

<sup>1</sup> Code du patrimoine. Version consolidée au 30 mai 2014 [Ressource électronique]. – Mode d'accès: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074236>

<sup>2</sup> *Ournac P.* Archéologie et inventaire du patrimoine national : recherches sur les systèmes d'inventaire en Europe et Méditerranée occidentale (France, Espagne, Grande-Bretagne, Tunisie). Comparaisons et perspectives / These en vue de l'obtention du Doctorat de L'Université de Toulouse. – Toulouse, 2012. – P. 156.

**Олександр Мартиненко,**

аспірант кафедри теорії права та держави юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
almart87@gmail.com

## МІСЦЕ ТА РОЛЬ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ У СОЦІОЛОГІЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІ РОСКО ПАУНДА

Соціологічна юриспруденція Роско Паунда увібрала в себе ідеї вчень Р. Ієрінга і А. Смола про індивідуальні та соціальні інтереси та тезу про взаємодію соціальних наук; вчення Е. Дюркгайма про детермінуючий вплив соціальних факторів на право; теорію Л. Дюгі про соціально-юридичне розуміння права; “соціальну психологію” і засновані на ній теорію “соціального порядку” Л. Уорда і “соціального контролю” Є. Роса; а також школу “вільного права” Є.Ерліха<sup>1</sup>. Дані концепції шукали пояснення явищам та процесам безпосередньо у суспільстві та складних відносинах всередині соціуму, а тому стали міцним фундаментом для вивчення, а потім і створення методології дії права у суспільному житті.

Проте, на нашу думку, найбільший вплив на соціологічну юриспруденцію Паунда мала філософська течія американського прагматизму. Так, сам Паунд зазначав, що *“соціологічний рух у праві це рух за прагматизм як філософію права”*<sup>2</sup>.

Соціологічна юриспруденція є скоріше певною практичною установкою до вивчення права у світлі інших соціальних наук ніж класичне юридичне вчення. Центральною категорією такої юриспруденції постає “право в дії”, тобто безпосередній вплив юридичних норм та принципів на життя суспільства, задоволення суспільних та індивідуальних потреб, практичне, а не декларативне регулювання відносин індивідуумів та соціальних груп. Таке “право в дії” протиставляється “статичному праву”, або як його називав Паунд – “книжковому праву” (*the law in books*), тобто перевантаженій софістикою та доктриною юридичної теорії або “мертвим” законодавчим конструкціям.

Соціологічною юриспруденцією право не розглядається як сукупність юридичних приписів. Воно включає в себе не лише знання, але й досвід, що використовується у юридичній практиці. Для Паунда право постає практичною діяльністю, а не теоретичною основою для здійснення правосуддя або іншої юридичної діяльності. Основою права є *“вирази досвіду, що розвинуті розумом та перевірені наступним досвідом, і якщо вони достатньо наближені до дійсності,*

---

<sup>1</sup> Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве / В.А.Туманов. – М. : Наука, 1971. – С. 152.

<sup>2</sup> Pound R. Mechanical Jurisprudence / Roscoe Pound // Columbia Law Review. – 1908. – № 8. – P. 609.

то це до чого ми маємо прагнути”<sup>1</sup>. У цьому соціологічну юриспруденцію Паунда можна вважати продовженням канонічного вислову Олівера Уендела Голмса мол., що *“життя права полягає не в логіці, воно полягає у досвіді”*. Таке праворозуміння є суто прагматичним так як переносить акценти у сферу дії, а не догми права.

Джерольд Оербач зазначав, що Паунд зробив більше за будь-кого із своїх сучасників для виявлення соціального ефекту права та поєднання юридичної думки з соціальними науками<sup>2</sup>. До даної тези варто зробити заувагу та зазначити, що Паунд будував свою соціологічну юриспруденцію вже на міцному фундаменті здобутків європейських мислителів, про яких ми зазначали вище. А тому, віддаючи належне Паунді, заради справедливості не варто забувати і про його попередників, без яких здобутки Паунда були б навряд чи такими вагомими.

Паунд розглядає будь-яке юридичне явище як соціальний феномен. Право є в першу чергу формою людської діяльності, яке завжди знаходить своє вираження у соціумі та є механізмом задоволення суспільних потреб та інтересів. *“Право є досвідом організованим та розвинутим розумом, що авторитетно проголошується правотворчими та правозастосовними органами політично впорядкованого суспільства та підтримуються силою такого суспільства”*<sup>3</sup>. Відповідно оцінювання та прогнозування впливу будь-якого юридичного явища має відбуватись як явища соціального. Без підтримки суспільства право не діє, так як не може задовольнити його потреб та не відповідає вимогам часу. Роблячи відсилку до вітчизняного сьогоднішнього, згадаймо трагічні наслідки прийняття Верховною Радою України 16 січня 2014 р. законів, які обмежували громадянські права та свободи, та фактично були наступом держави на суспільство. Так звані *“диктаторські закони”* від 16 січня 2014 р. не відповідали тогочасним викликам суспільства та спричинили сутічки і кровопролиття.

У світлі пріоритетності юридичної практики у праворозумінні Паунда постає логічне запитання: *“Яке ж місце відводиться суду та судовій правотворчості у його соціологічній юриспруденції?”*. Сам Паунд у своїй праці, присвяченій дослідженню судової правотворчості, *“Теорія судового рішення”* (*“The Theory of Judicial Decision”*) писав, що головним у правотворчій діяльності є судовий емпіризм, а саме пошук дієвого юридичного припису, тобто принципу, який є результативним та узгоджується зі справедливістю між сторонами конкретного судового розгляду. Це процес проб та помилок з усіма перевагами і недоліками

<sup>1</sup> Pound R. Juristic Science and Law / Roscoe Pound // Harvard Law Review. – 1918. – № 31. – P. 1058.

<sup>2</sup> Auerbach J. Unequal Justice. Lawyers and Social Change in Modern America / Jerold S. Auerbach. – New York : Oxford University Press, 1976. – P. 149.

<sup>3</sup> Pound R. The Task of The Law / Roscoe Pound. – Lancaster, Penn. : Franklin and Marshall College, 1944. – P. 62.

такого процесу<sup>1</sup>. Безперечно Паунд відводить судовій правотворчості провідну роль у творенні права, так як саме судові рішення є найефективнішим засобом досягнення практичної корисності та максимальне наближення юридичного регулювання до конкретних соціальних правовідносин.

Досить часто вчення Паунда називають прагматичним інструменталізмом, і це не дивно, адже право розглядається Паундом виключно як інструмент соціального контролю та соціальної інженерії. Право розглядається не як самоціль або певна автономна система знань та приписів, а як прикладний засіб – інструмент досягнення цілей суспільства та задоволення його інтересів.

Якщо право є інструментом, то хто ж орудує ним? Саме суд за Паундом є тим суб'єктом, а скоріше майстром, який використовує інструмент (право) для досягнення соціального контролю. При цьому Паунд не ідеалізує суддівський розсуд та суддівський досвід, проте розглядає їх саме як прагматичний засіб досягнення цілей – цілей соціального контролю. *“Безпідставно стверджувати, що довільний суб'єктивний та особистісний елемент у судовій діяльності, який був традиційно домінуючим протягом століть, є істинним, а накопичений досвід є просто оманю. Я повторюю, що досвід соціального контролю через судовий процес, який узгоджується з правом, є таким же дієвим як інженерний досвід”*<sup>2</sup>.

Якщо метою права є досягнення цілей соціальної інженерії, то саме суд є тим суб'єктом, який у конкретній справі, оцінивши як передумови, так і наслідки свого рішення, може вирішити спір так, щоб досягти максимальної корисності для соціальних інтересів як у конкретному спорі для сторін по справі, так і взагалі для суспільства. При цьому постає питання: *“У якій формі суд здійснює соціальну інженерію: у формі правозастосування або у формі правотворення?”*. Соціальний контроль з використанням виключно вже існуючого писаного юридичного матеріалу (законодавчих та прецедентних норм) є досить обмеженим, адже дозволяє лише підганяти факти під норми. При цьому судова правотворчість навпаки дозволяє створити норму під конкретний випадок і, вже як наслідок, досягти більшого соціального ефекту.

Паунд виступав проти сприйняття суду як машини, в яку закладають певні факти, а на виході отримують строго визначене рішення<sup>3</sup>. А тому, саме судова правотворчість є тим механізмом, який дозволяє уникнути механізації та автоматизації відправлення правосуддя і привнести у судочинство творчий елемент. Творча діяльність судді дозволяє досягнути мети права – встановлення соціального контролю, тобто такої ефективності судової системи та її рішень, яка б максимально відповідала реаліям сьогодення та запитам суспільства.

<sup>1</sup> Pound R. The Theory of Judicial Decision / Roscoe Pound // Harvard Law Review. – 1923. – Vol. 36. – № 8. – P. 953.

<sup>2</sup> Pound R. Contemporary Juristic Theory / Roscoe Pound. – Claremont, California : Claremont Colleges, 1940. – P. 53.

<sup>3</sup> Pound R. Organization of Courts / Roscoe Pound. – Boston : Little, Brown and co., 1940. – P. 104.

3. Голдобіна зазначає, що соціологічна юриспруденція вказувала на соціальну дію права та судової влади, а її представники обґрунтовували взаємозалежність тріади: право-суспільство-суд, стверджуючи, що закони та судові рішення призводять до певних змін у соціальному житті і, навпаки, розвиток суспільства визначає розвиток права; причому ефективність юридичних норм залежить від ступеня їх підтримки громадською думкою<sup>1</sup>. На нашу думку, у концепції Паунда саме соціологічний аспект є визначальним та первинним, а створення та впровадження права у життя найбільш ефективно здійснюється судом (сюди ж ми включаємо і адміністративні органи). Тому вищенаведена тріада має бути трансформована у такій послідовності: суспільство-суд-право. Тобто, право виникає із запиту суспільства через здійснення правосуддя у формі судової правотворчості. При чому, право, що твориться судом, є соціальним регулятором і започатковує новий цикл тріади. Це взаємовплив є перманентним і може бути зображений за наступною схемою: суспільство-суд-право-суспільство-і т.д.

Надзвичайно корисним для обґрунтування необхідності судової правотворчості стало поєднання Паундом права та соціальних наук. Якщо право розглядається інструментом досягнення соціального контролю, то суддя є тим суб'єктом, який орудує таким інструментом та стає соціальним інженером. Звернення до практичної дії права, а не до його статичного фіксування у законах або доктринах, а також безпосереднє привнесення права у суспільне життя є міцним фундаментом теорії судової правотворчості, а здобуток соціологічної юриспруденції Паунда для суддівського активізму є беззаперечним.

Анна Медвідь,

аспірантка кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
gudzyk@bk.ru

## ПОНЯТТЯ БЕЗДОМНОСТІ ТА БЕЗДОМНОЇ ОСОБИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Для створення ефективних засобів вирішення проблеми бездомності, реалізації соціального захисту представників даної соціальної групи, необхідно встановити масштаби явища, для чого неабияке значення має чітке визначення понять “бездомність” і “бездомна особа”.

З етимологічної точки зору, бездомний – людина, яка характеризується відсутністю житла, дому. Вона з різних причин позбавлена можливості користуватися власним житлом, орендованим приміщенням, перебувати у родичів,

---

<sup>1</sup> Голдобина З. Юридический прагматизм и социологическое направление в американском праве / З. Г. Голдобина // Вестник Пермского университета. – 2008. – № 1. – С. 21.

друзів. А у разі, якщо з'явиться така нагода, ця людина постійно ризикуватиме знову опинитися на вулиці.

Бездомність – це стан (соціальне становище) людини, який характеризується відсутністю у неї місця, придатного для проживання (за виключенням державних, муніципальних або недержавних закладів), через відсутність прав на конкретне житлове приміщення, яке вона могла б використовувати для проживання, або можливості дані права реалізувати<sup>1</sup>.

Вчені виділяють три форми відсутності житла: абсолютна відсутність, прихована та ризик втратити житло<sup>2</sup>.

У світі поширеною ознакою для визначення особи як бездомної є саме абсолютна відсутність житла. Це означає, що в людини немає в прямому розумінні даху над головою, така людина спить на вулиці, в ліпшому разі – у спеціальних притулках або непристосованих для проживання місцях.

Другий вид відсутності житла – прихована бездомність, яка є характерною для людей, у яких власне чи орендоване житло відсутнє, проте вони проживають у друзів, родичів. Таким чином, у особи десь проживати можливість є, але права на конкретне житлове приміщення у неї відсутні, в іншому випадку, вона була б приречена стати абсолютно бездомною.

Третій вид виражається у ризику стати бездомним. До цієї групи людей належать ті, які звільняються з місць позбавлення волі, психіатричних закладів, у яких закінчується термін найму житла і орендувати інше змоги немає або ті, які ризикують з тих чи інших причин бути виселеними.

Крім цього, існує поняття “неадекватне проживання”, тобто перебування в приміщеннях, які визнані аварійно небезпечними, не відповідають санітарним нормам, не опалюються, не забезпечуються водою та світлом тощо. Люди, змушені проживати в таких умовах постійно, також знаходяться під ризиком опинитись на вулиці.

Європейською Федерацією національних організацій, які працюють з бездомними (FEANTSA), бездомність розглядається як тривалість різноманітних обставин, які можна розцінювати як відсутність житла, що охоплює всі попередньо охарактеризовані стани<sup>3</sup>.

Вперше в Україні поняття “бездомність” було закріплене у Законі України “Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей” від 02.06.2005 р., у якому воно розглядається як соціальне становище людини, зумовлене відсутністю у неї будь-якого житла, призначеного та придатного для

<sup>1</sup> Коваленко А.Е. Механизм десоциализации человека или “воронка бездомности” // Социальное обслуживание. – № 10. – 2011 – М.: ООО Издательство “Социальное обслуживание”, 2011. – С. 9.

<sup>2</sup> Кабаченко Н. В. Бездомність: концепції та визначення / Н. В. Кабаченко // Вісн. НАДУ. – 2006. – № 3. – С. 222.

<sup>3</sup> Springer S. Homelessness: A proposal for Global Definition and Classification // Habitat International. – Vol. 24. – 2000. – P. 475 - 484.

проживання. Враховуючи все вищезазначене, слід зробити висновок, що визначення поняття “бездомність”, запропоноване законодавцем є дуже вузьким.

Європейська Федерація національних організацій, що працюють з бездомними, класифікує бездомність наступним чином:

1. безпритульність, що виражається: у відсутності даху над головою, приватного простору для соціальних стосунків, права власності на нього;
2. бездомність – відсутність дому, хоча місце для проживання є, приватний простір відсутній, відсутнє і право власності на нього;
3. ненадійне, негарантоване проживання (адекватне житло) – незважаючи на те, що місце для проживання та приватний простір є, немає гарантованого проживання;
4. неадекватне проживання (надійне і гарантоване проживання) – хоча приватний простір, місце для проживання та право власності на нього є, проте умови для проживання дуже погані, що ставить під загрозу можливість майбутнього перебування в ньому.

Отже, людина зі статусом “бездомний” у Європейських країнах відрізняються від безпритульної лише тим, що користується послугами спеціальних притулків.

Цікавим є розмежування зарубіжними вченими осіб, які не мають дому на бездомних і “бездахових”<sup>1</sup>. Бездомні особи – ті, які не мають або не можуть використовувати місце для проживання, а також ті, які значний період часу живуть у закладах для бездомних. Бездахові – відрізняються від бездомних тим, що не користуються послугами закладів для бездомних осіб. Також виділяють маргінально поселених осіб – тих, що мешкають у фургонах, землянках, у подібних непридатних для проживання місцях або у друзів чи родичів, проте гарантій тому, що це триватиме довго, немає.

Для найбільш точного тлумачення терміну “бездомний”, велике значення має розуміння поняття “житло”. Ст. 47 Конституції України закріплює право кожного на житло. Зміст цієї статті зводиться до того, що державою повинні надаватися можливості для кожної людини збудувати власне житло, набути житло у власність або орендувати. Громадяни, які знаходяться у складних життєвих обставинах, не можуть самостійно вчинити вище згадані дії, мають право на забезпечення їх житлом державою або органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну плату згідно з чинним законодавством.

В Юридичній енциклопедії термін “житло” застосовується для визначення житлового права – тобто сукупності норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають, змінюються чи припиняються у сфері забезпечення потреб людей у житлі, його використання, збереження, експлуатації і ремонту в державному, кооперативному та приватному житловому фонді<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Кожура Л.О. Бездомні особи як об’єкт адміністративно-правового захисту // Митна справа. – 2012. – № 1. (79). – част. 2. – Кн. 1. – С. 169.

<sup>2</sup> Юридична енциклопедія. Т.2 / НАНУ; ІДП НАНУ, Видавництво “Українська енци-



У ст. 379 Цивільного кодексу України визначається термін “житло фізичної особи” – житловий будинок, квартира, інше жиле приміщення, призначені та придатні для постійного чи тимчасового проживання в ньому<sup>1</sup>.

Є.О. Мічурін визначає основні ознаки житла, серед яких те, що житло є певним приміщенням; дане приміщення призначене для проживання; дана споруда повинна належати до завершеного будівництва; приміщення повинно у встановленому порядку бути віднесеним до житлового фонду<sup>2</sup>.

Отже, житло – певне приміщення, призначене та придатне для проживання, яке у встановленому законом порядку віднесене до житлового фонду, наприклад житловий будинок, квартира, інше жиле приміщення, що належить до завершеного будівництва.

Слушною є позиція Л.О. Кожури<sup>3</sup>, яка зазначає, що бездомність – це одночасно і суспільне явище, і стан окремо взятої особи. Бездомність – це відсутність у особи формального права не просто на будь-яке житло, а на квартиру, будинок, інше приміщення, що має бути придатним та призначеним для проживання особи. До того ж, Л.О. Кожура вважає доречним замінити у визначенні бездомності, закріпленому в Законі України “Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей” словосполучення “будь-яке житло” на “право особи на житло”, опираючись на положеннях ст. 40 Конституції України.

Таким чином, бездомність – це суспільне явище або становище окремої особи, яке характеризується відсутністю у неї права власності на житловий будинок, квартиру, інше призначене та придатне для проживання жиле приміщення.

Повернемося до етимології слова “бездомний” – тобто людина, в якій відсутній дім.

В Україні “дім” було замінено поняттям “місце проживання”. Місце проживання фізичної особи – це житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово<sup>4</sup>. У визначенні поняття “місце проживання”, закріпленому у Законі України “Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні” акцентується увага на тому, що таке житло розташоване на території певної адміністративно-територіальної одиниці.

Таким чином, бездомною особою може визнаватись особа, у якій відсутні

кнопедія”. – К.: Вид-во “Українська енциклопедія” ім.М.П.Бажана, 1999. – С. 430.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради. – 2003. – №№ 40 - 44. – Ст. 356, ст. 379.

<sup>2</sup> Мічурін Є.О.Правочини з житлом. Наук.-практ. посібник. – 2-е вид., перероб. і доп. – Харків: ЮрСвіт, 2005. – С. 25.

<sup>3</sup> Кожура Л.О. Бездомні особи як об’єкт адміністративно-правового захисту // Митна справа. – 2012. – № 1 (79). – част. 2. – Кн. 1. – С. 168.

<sup>4</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

житловий будинок, квартира, інше жиле приміщення, придатне та призначене для проживання в ньому, у відповідному населеному пункті, в якому особа проживає постійно або тимчасово.

Отже, основуючись на ст. 40 Конституції України та положеннях Цивільного кодексу України, пропонуємо внести зміни до Закону України “Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей” від 02.06.2005 р., закріпивши в ст. 2 поняття бездомності у такій редакції: “бездомність – це соціальне явище або стан окремої особи, зумовлений відсутністю у неї права на проживання у житловому будинку, квартирі, іншому жилому приміщенні, придатному та призначеному для проживання у відповідному населеному пункті, в якому вона проживає постійно або тимчасово”; “бездомна особа – повнолітня особа, яка перебуває в соціальному становищі бездомності”.

**Руслан Мельник,**

к.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України  
mel.ru@mail.ru

## **ТЕРМІНОЛОГІЧНІ ВАДИ ПОНЯТТЯ “ПРАВООХОРОННІ ОРГАНИ” У КОНТЕКСТІ ВИЗНАЧЕННЯ РОДОВОГО ОБ’ЄКТА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ**

**А**наліз наукового доробку визначення родового об’єкта злочинів проти правосуддя засвідчує, що у кримінально-правовому значенні під правосуддям розуміється не тільки специфічна діяльність суду по розгляду певних видів справ, а й діяльність органів та установ, які сприяють йому у цьому: органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, установ, які виконують рішення суду, що набрали законної сили, а також діяльність окремих осіб, уповноважених законом на участь у судочинстві, – захисників, представників особи по наданню правової допомоги, судових експертів тощо<sup>1</sup>.

Визначаючи коло органів, які сприяють здійсненню правосуддя, слід зауважити, що використання для позначення таких органів терміну “правоохоронні органи” є дискусійним, адже поняття “правоохоронні органи” залишається одним із найбільш невизначених в українському правознавстві, внутрішньо суперечливим за змістом і надмірним за обсягом. Як результат виникає конку-

---

<sup>1</sup> Злочини проти правосуддя: навч. посіб. за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. – С.7-8.; Вакулик О. О. Кримінально-правова характеристика примушування давати показання : автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08 / Вакулик Ольга Олександрівна. – К., 2011. – С.8; Сийплові М.В. Кримінально-правова характеристика притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / М.В. Сийплові. – К., 2009. – С.18; Орел Ю.В. Кримінальна відповідальність за злісну непокору вимогам адміністрації виправної установи : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ю.В. Орел. – Д., 2008. – С.11.

рентність термінів – “правоохоронні органи”, “правозахисні органи”, “органи кримінальної юстиції”<sup>1</sup>.

В науковій літературі, одні вчені вважають, що цим поняттям охоплюються усі державні органи і громадські організації, хоча б у деякій мірі наділені правоохоронними функціями<sup>2</sup>. Інші пропонують розглядати це питання у широкому (всі державні органи, які наділені певними повноваженнями в галузі контролю за додержанням законності і правопорядку) і вузькому (державні органи, спеціально створені для забезпечення законності і правопорядку, боротьби зі злочинністю і яким з цією метою надані повноваження застосовувати передбачені законом заходи примусу та перевиховання порушників – суд, органи юстиції, прокуратури, внутрішніх справ, безпеки) розумінні<sup>3</sup>.

В.С. Ковальський, надаючи перевагу тлумаченню правоохоронних органів в широкому розумінні, як державним установам (або державним юридичним особам), які діють в системі органів влади й виконують державні функції в різних сферах внутрішньої та зовнішньої діяльності Української держави<sup>4</sup>, зауважує, що деякі правоохоронні органи мають спеціальний предмет діяльності, що відбито у їх назві (служба), відомчому статусі, особливостях регламентації діяльності. Особливість предмета спеціальної правоохоронної діяльності полягає в пріоритетному виконанні правоохорони саме конституційного порядку, національної безпеки, виявлення, розслідування та припинення злочинів, виконання покарань<sup>5</sup>.

Чинне законодавство визначає правоохоронні органи або шляхом їх конкретного переліку (органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, органи охорони державного кордону, органи доходів і зборів, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони) ч. 1ст.2 Закону України “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів” від 23 грудня 1993 р<sup>6</sup>, або шляхом визначення їх функцій – правоохоронні та правозастосовні (ч.1 ст.2

<sup>1</sup> Тацій В. Поняття та система правоохоронних органів: у контексті системних змін до Конституції України / В. Тацій // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.: В. Я. Тацій та ін. – Х. : Право, 2012. – № 4 (71) – С.4.

<sup>2</sup> Осадчий В. Правоохоронні органи як суб’єкти кримінально-правового захисту // Право України. – 1997. – № 11. – С.71-72.

<sup>3</sup> Мельник М.І., Хавронюк М.І. Суд та інші правоохоронні органи. Правоохоронна діяльність: закони і коментарі: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2001. – С. 5-6.

<sup>4</sup> Суд, правоохоронні та правозахисні органи України: Підручник / О. С Захарова, В. Я. Карабань, В. С. Ковальський (кер. авт. кол.) та інші; Відп. ред. В. Маляренко – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С.7.

<sup>5</sup> Там само – С.16.

<sup>6</sup> Закон України “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів” від 23.12.1993 № 3781-ХІІ (із змін. і доповн.): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3781-12>

Закону України “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”; ст.1 Закону України “Про основи національної безпеки України” від 19 червня 2003 р<sup>1</sup>.; ст. 1 Закону України “Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави” від 19 червня 2003 р<sup>2</sup>).

Такий підхід збережено і в Концептуальних засадах реформування правоохоронних органів України від 12 вересня 2005 р<sup>3</sup>. та в Концепції реформування кримінальної юстиції в Україні від 8 квітня 2008 р<sup>4</sup>., які також не змогли вирішити питання щодо визначення поняття правоохоронних органів та їх системи.

Як вихід із цієї термінологічної плутанини В.Я. Тацій пропонує зберегти поняття “правоохоронні органи” лише як узагальнююче наукове поняття і здійснити поділ цієї системи органів залежно від їх конкретних функцій та призначення в механізмі охорони права на 1) органи охорони правопорядку; 2) контрольні (юрисдикційні) органи виконавчої влади; 3) органи охорони Конституції та державного контролю<sup>5</sup>. На його думку, саме органи охорони правопорядку, для яких правоохоронна функція є основною, здійснюють повноваження, спрямовані на захист прав і свобод людини та охорону правопорядку. У зв’язку з цим зазначені органи мають право легального застосування примусу, що зумовлює особливості їх статусу, накладає на працівників цих органів особливі вимоги щодо фахової підготовки, психологічних і моральних якостей. Крім того, зазначені правоохоронні органи мають у своєму складі озброєні формування.

Вказані ознаки характерні винятково для таких органів, як органи внутрішніх справ; Служба безпеки України; військова служба правопорядку; митна та податкова служби; пенітенціарна службу; управління державної охорони<sup>6</sup>.

І.В. Зозуля, наголошуючи на тому, що з погляду на нормативно-правовий, науковий та практичний стан обставин, які пов’язуються в Україні з існуючим поняттям правоохоронних органів, вважає, що нині ще зарано запроваджувати

<sup>1</sup> Закон України “Про основи національної безпеки України” від 19.06.2003 № 964-IV (із змін. і доповн.): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/964-15>

<sup>2</sup> Закон України “Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави” від 19.06.2003 № 975-IV (із змін. і доповн.): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/975-15>

<sup>3</sup> Концептуальні засади реформування правоохоронних органів України від 12 вересня 2005 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://icps.com.ua/pub/files/40/99/nl\\_ukr\\_20050912\\_0289.pdf](http://icps.com.ua/pub/files/40/99/nl_ukr_20050912_0289.pdf)

<sup>4</sup> Концепція реформування кримінальної юстиції в Україні, затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>

<sup>5</sup> Тацій В. Поняття та система правоохоронних органів: у контексті системних змін до Конституції України / В. Тацій // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.: В. Я. Тацій та ін. – Х. : Право, 2012. – № 4 (71) – С.6.

<sup>6</sup> Там само – С.7.

будь-які зміни, в тому числі з перейменування означених органів на “органи правопорядку”. У більшості випадків така позиція аргументується саме природною правоохоронною функцією однойменних органів, що є для них головною, й тому визначає їх назву<sup>1</sup>.

В контексті запропонованої дискусії цікавою є правова позиція Конституційного Суду України, викладена у рішенні від 18 квітня 2012 року № 10-рп/2012 по справі щодо застосування кваліфікуючої ознаки “працівник правоохоронного органу” до працівника державної виконавчої служби<sup>2</sup>. Так, аналізуючи положення ст. 364 КК України (у редакції, що діяла на той час), Конституційний Суд дійшов висновку, що у ній не визначено, хто саме належить до працівників правоохоронного органу. Відсутні в законі про кримінальну відповідальність і посилання на відповідні положення інших законів України. Вказане унеможливує застосування положень інших законодавчих актів, зокрема й Закону України “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”, для встановлення щодо спеціального суб’єкта злочину кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною третьою статті 364 Кримінального кодексу, – працівник правоохоронного органу.

Таким чином, використання у визначенні поняття родового об’єкта злочинів проти правосуддя поняття “правоохоронні органи”, яке не є усталеним та само потребує термінологічного уточнення, є недоцільним, оскільки неточність та спірність використаних у дефініції складових, має наслідком втрату поняттям ясності, однозначності та, насамкінець, визначеності.

Відповідно до наведеної аргументації родовий об’єкт злочинів проти правосуддя пропонується визначати через таку універсальну категорію як “компетенція”<sup>3</sup>, адже саме компетенція (наявність повноважень, функціональне призначення, статусні властивості того чи іншого суб’єкта кримінально-процесуальних правовідносин) часто виступає тією ознакою, яка використовується законодавцем для відокремлення злочинів проти правосуддя, що вчиняються представниками влади з числа службових злочинів.

Зокрема ч.1 ст.372 КК України не тільки прямо вказує на спеціальних суб’єктів притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності –

<sup>1</sup> Зозуля І.В. Правоохоронні органи чи органи правопорядку: щодо доцільності перейменування / І.В. Зозуля // Право і суспільство. – 2013. – № 4 – С.69.

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України від 18 квітня 2012 року № 10-рп/2012 (справа щодо застосування кваліфікуючої ознаки “працівник правоохоронного органу” до працівника державної виконавчої служби): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-12>

<sup>3</sup> М.С. Головань, дослідивши варіанти словникових тлумачень поняття “компетенція”, цілком слушно наголошує на тому, що його змістовною основою є: знання, які повинна мати особа; коло питань, в яких особа повинна бути обізнана; досвід, необхідний для успішного виконання роботи у відповідності з установленими правами, законами, статутом. Див.: Головань М. С. Компетенція і компетентність: досвід теорії, теорія досвіду / М. С. Головань // Вища освіта України. – 2008. – № 3. – С. 23-24.

слідчого та прокурора, але й містить критерій визначення таких суб'єктів – уповноважена на те законом особа. В свою чергу ст. 380 КК України у якості такого критерію визначає покладення функції забезпечення безпеки осіб, взятих під захист.

Крім того, як свідчить слідча та судова практика, першочерговим питанням, яке постає перед органами розслідування та суду при притягненні службової особи до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти правосуддя є саме наявність у неї відповідних повноважень на вчинення тих дій, які утворюють об'єктивну сторону злочину.

Таким чином, родовим об'єктом злочинів, передбачених у розділі XVIII Особливої частини КК України, виступає система правовідносин, якими забезпечується реалізація судової влади в цивільному, господарському, адміністративному, кримінальному та конституційному судочинстві, а також процесуальна та післяпроцесуальна діяльність компетентних органів та осіб, які сприяють судовій діяльності та втілюють у життя її результати.

**Олена Мельничук,**

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу міжнародного права  
та порівняльного правознавства  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
elya.melnychuk@gmail.com

## **МІЖНАРОДНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО: ОСНОВНІ КОНЦЕПЦІЇ У ВІТЧИЗНЯНІЙ ТА ЗАРУБІЖНІЙ ДОКТРИНІ**

**У** вітчизняній доктрині міжнародного права традиційно майже всі проблеми теорії і практики досліджуються з позицій матеріального права. Водночас, на практиці міжнародні процесуальні правовідносини мають місце фактично у всіх галузях сучасного міжнародного права, в якому, поряд з матеріальними, функціонують і процесуальні норми. Так, більшість галузей та інститутів міжнародного права складаються в основному з процесуальних норм, які регулюють, зокрема, порядок створення та функціонування міжнародних договорів, здійснення дипломатичних та консульських функцій, мирного вирішення міжнародних спорів, міжнародно-правової відповідальності, надання правової допомоги у кримінальних справах, екстрадицію, надання притулку тощо. Міжнародне процесуальне право також включає правила процедури міжнародних організацій, які складаються зі специфічних за своїм характером норм. Крім того, традиційним для міжнародного права є міжнародне судочинство, що здійснюється на підставі процесуальних норм і забезпечується діяльністю Міжнародного суду ООН, Міжнародного трибуналу з морського права, Постійної палати третейського суду, Суду з примирення та арбітражу ОБСЄ, Трибуналів ad hoc з Югославії та Руанди, Міжнародного кримінального суду, Органу з вирішення спорів в рамках Світової організації торгівлі, Суду Європейських

Співтовариств, Економічного суду СНД та інших міжнародних судових інституцій<sup>1</sup>. Таким чином, міжнародне процесуальне право регламентує юридичний процес, що є складною правовою категорією.

Дослідження окремих аспектів юридичного процесу у міжнародному праві почали проводитися з середини XIX століття. Так, німецький юрист-міжнародник А.В. Гефтер у своїй праці “Das europäische Völkerrecht der Gegenwart” (1844 р.), підготовленій у вигляді навчального курсу та перекладеній багатьма європейськими мовами (у т. ч. і російською мовою у 1880 р.), досліджував інститути міжнародного процесуального права, які регламентували процедуру вирішення міждержавних спорів<sup>2</sup>. Інший німецький вчений Ф. Гольтцендорф виділив у міжнародному праві три основні галузі: міжнародне кримінальне право і процес, міжнародне приватне право і процес, міжнародне державне право<sup>3</sup>.

У російській науці питання доктринальної розробки принципів міжнародного юридичного судового процесу було підняте у 1881 р. у фундаментальній монографії Л.А. Камаровського<sup>4</sup>. Невдовзі професор Харківського університету В.П. Даневський присвятив значну частину своєї фундаментальної праці міжнародному процесуальному праву<sup>5</sup>. Ще один вітчизняний дореволюційний вчений П.Є. Казанський розглядав війну та мирне урегулювання суперечностей “як види міжнародного процесу, що підкоряються дії права на всіх рівнях свого розвитку”<sup>6</sup>. Російський правознавець А.М. Горюнов, який викладав у Києві у 20-ті рр. XX ст. також писав про існування міжнародного кримінального права та процесу і про міжнародне приватне право і процес<sup>7</sup>.

У радянській літературі перші теоретичні дослідження міжнародного юридичного процесу у контексті розгляду діяльності Міжнародного Суду ООН проводив Н.Н. Полянський.<sup>8</sup> Згодом, відома дослідниця Л.Н. Галенська у 1969 р. запропонувала розрізняти в системі сучасного міжнародного права дві галузі – міжнародне матеріальне та міжнародне процесуальне<sup>9</sup>, проте, як зазначає Е.А. Пушмин, цю пропозицію не аргументувала<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Міжнародне судочинство / Кол. авт. За заг. ред. акад. НАН України Ю.С. Шешученка. – К., 2009.

<sup>2</sup> Гефтер А.В. Европейское международное право. – СПб., 1880.

<sup>3</sup> Holtzendorf F. Handbuch des Völkerrechts. – 1885.

<sup>4</sup> Камаровский Л.А. О международном суде. – М., 1881.

<sup>5</sup> Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. – Харьков, 1892.

<sup>6</sup> Казанский П. Введение в курс международного права. – Одесса, 1909, С. 145; Казанский П. Учебник международного права публичного и гражданского. – Одесса, 1902. – С. 396-492.

<sup>7</sup> Горюнов А.М. Международное право. Краткая энциклопедия. – СПб., 1909.

<sup>8</sup> Полянский Н.Н. Международный Суд. – М., 1951. – С. 140-141.

<sup>9</sup> Галенская Л.Н. О понятии международного уголовного права // Советский ежегодник международного права, 1969. – М., 1970. – С. 255.

<sup>10</sup> Пушмин Э.А. Международный юридический процесс и международное право. – Кемерово, 1990. – С. 78.

У 70-х рр. в радянській доктрині міжнародного права розпочалися гарячі дискусії на предмет існування міжнародного процесуального права. Певну точку у цьому спорі на деякий час поставив авторитетний російський вчений, який народився у Києві – Д.І. Фельдман, що на ХХІ Зборах радянської асоціації міжнародного права у 1978 р. представив доповідь “Про систему міжнародного права”. У цій доповіді, яку фактично підтримали більшість науковців-міжнародників, він категорично відкинув ідею існування міжнародного процесуального права. Поряд з тим, в той же час, інша група вчених підкреслювала існування міжнародного процесуального права – Г.В. Ігнатенко, Е.А. Пушмін, І.І. Лукашук, А.С. Гавердовський, А.В. Василенко, Литовченко О.І. та інші. Зокрема, Е.А.Пушмін, який вперше в радянській доктрині міжнародного права поставив системне питання про існування міжнародного процесуального права, стверджував, що “міжнародне процесуальне право об’єктивно існує і розвивається незалежно від того, визнають це чи ні його противники”<sup>1</sup>. Однак, до недавнього часу у міжнародно-правовій доктрині питання, пов’язані з міжнародно-процесуальним правом або часто обходилися стороною, або відкидалися<sup>2</sup>.

Незважаючи на монографію Е.А. Пушміна “Международный юридический процесс и международное право” (Кемерово, 1990 р.), сучасна російська дослідниця Махніборода І.М. вважає, що “основоположником концепції галузі міжнародного процесуального права в російській науці необхідно визнати К.А.Бекашева, оскільки він першим в підручнику “Міжнародне право” під своєю редакцією виділив галузь міжнародного процесуального права і обґрунтував її існування в системі міжнародного права”<sup>3</sup>.

У сучасній російській доктрині міжнародного права на думку І.М. Махнібороди існують три концепції щодо міжнародних процесуальних норм та правовідносин: загальносистемний (виокремлення міжнародних процесуальних норм та правовідносин в їх протиставленні з матеріальними нормами та правовідносинами поза рамками розгляду правової їх природи – П.Н. Бірюков, В.А.Василенко, С.В. Черниченко та ін.), системний або галузевий (дослідження юридичної природи міжнародного процесуального права із застосуванням різних підходів до його визначення – К.А. Бекашев, В.М. Шумілов, В.П. Панов, Е.А. Пушмін, І.В. Федоров та ін.) та фрагментарний (розгляд окремих процесуальних нормативних утворень (галузей, підгалузей, інститутів) без їх наукового та практичного співвідношення з міжнародним процесуальним пра-

<sup>1</sup> Пушмин Э.А. Международный юридический процесс и международное право. – Кемерово, 1990. – С. 82.

<sup>2</sup> Международное публичное право / Под. ред. К.А. Бекашева. – М., 2003. – С. 597.

<sup>3</sup> Махниборода И.М. Международное процессуальное право и международное судопроизводство: особенности взаимодействия / Дис. на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2011.



вом (І.П. Бліщенко, Н.І. Костенко, І.І. Лукашук, А.В. Наумов, Ю.А. Решетов, І.В.Фісенко, Н.М. Юрова та ін.).

У зарубіжній доктрині міжнародного права значна увага приділяється в основному практичним проблемам міжнародного судочинства. Відомі науковці як початку та середини ХХ ст. (Дж. Мореллі<sup>1</sup>, Дж. Салвиолі<sup>2</sup>, Д. Негулеско<sup>3</sup>, Боско<sup>4</sup>, Карнелутті<sup>5</sup>, Чіовенда<sup>6</sup>, Маковски<sup>7</sup>, Вітенберг<sup>8</sup> та ін.), так і кінця ХХ ст. та сучасні вчені-міжнародники (Дж. Фіцморіс<sup>9</sup>, С. Торрес-Бернардес<sup>10</sup>, Е. Лаутерпахт<sup>11</sup>, Д. Боуіт<sup>12</sup> та ін.) досліджують функціонування міжнародних судових та арбітражних інституцій, акцентуючи на процесуальних аспектах їх практичної діяльності. Значний внесок у розвиток доктрини міжнародного судового процесу зробили судді Міжнародного Суду ООН – видатні юристи-міжнародники, які досліджують процесуальні проблеми діяльності міжнародних судових інституцій (Р.Аго, М. Беджауї, Х. де Аречага, С. Швельбел та ін.). Так, відома британська юрист-міжнародник, екс-президент Міжнародного Суду ООН Р. Хіггінс вважає, що міжнародне право за своєю суттю є процесом, пов'язуючи його з прийняттям правових рішень<sup>13</sup>. Значна увага, що приділяється процесуальним аспектам функціонування міжнародного права підкреслюється діяльністю неурядових міжнародних організацій – Інституту процесуальних аспектів міжнародного права (The PAIL Institute), Міжнародної асоціації процесуального права (The IAPL) та інших, в рамках яких досліджуються актуальні питання міжнародного юридичного процесу.

<sup>1</sup> Morelli G. La theorie generale du process international // Recueil des Cours. – Vol. 61. – 1937. – p. 253-374.

<sup>2</sup> Salvioli G. Problemes de procedure dans la jurisprudence international // Recueil des Cours. – Vol. 91. – 1957. – p. 553-618.

<sup>3</sup> Negulesco D. L'evolution de la procedure des avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale Recueil des Cours. – Vol. 57. – 1936. – p. 1-96.

<sup>4</sup> Bosco. La natura juidrica dell'arbitrato international nella dottrina italiana //Rivista di diritto internazionale. – 1931.

<sup>5</sup> Carnelutti. Lezioni di diritto processuale civile. – Padoue, 1926.

<sup>6</sup> Chiovenda. Principii di diritto processuale civile. – Naples, 1923.

<sup>7</sup> Makowski. L'organisation actuelle de l'arbitrage international // Recueil des Cours. – Vol. 54. – 1935.

<sup>8</sup> Witenberg. Ol'organisation judiciaire, la procedure et la sentence internationaux. – Paris, 1937.

<sup>9</sup> Fitzmaurice G. The Law and Procedure of the International Court of Justice. – Cambridge, 1986.

<sup>10</sup> Torres-Bernardes S. L'intervention dans la procedure de la Cour internationale de Justice // Recueil des Cours. – Vol. 256. – 1995. – p. 196-458.

<sup>11</sup> Lauterpacht Sir E. Principles of Procedure in International Litigation // Recueil des Cours. – Vol. 345. – 2009. – p.387-530.

<sup>12</sup> Bowett D. The International Court of Justice: Process, Practice, and Procedure. – London, 1997.

<sup>13</sup> Higgins R. Problems and Process: International Law and How We Use It. – Clarendon Press, 1995.

Для вітчизняної доктрини міжнародного права характерним є те, що майже всі проблеми теорії і практики досліджуються з позицій матеріального права. Поряд з тим, останнім часом з'явилась низка публікацій української дослідниці Т.А. Анцупової, яка у 2014 р. захистила докторську дисертацію, присвячену процесуальному праву Ради Європи. На основі різних підходів до розмежування понять “процес” і “процедура” в теорії права і теорії міжнародного права, науковець запропонувала розглядати тривірневий елементний склад процесуального права Ради Європи, який включає в себе: 1) типи правового процесу (правотворчий і правореалізаційний); 2) види правового процесу (процес зовнішньої правотворчості; процес внутрішньої правотворчості; установчий процес; процес виконання, додержання, використання та застосування державами-членами звичайного, договірної, інституційного і прецедентного права Ради Європи; процес моніторингу зобов'язань держав-членів Ради Європи (включаючи постмоніторинговий діалог), де особливим підвидом є механізм судового контролю щодо дотримання положень Конвенції про захист прав людини та основних свобод (судовий процес)); 3) правові процедури<sup>1</sup>.

Таким чином, у сучасній вітчизняній доктрині міжнародного права актуальним завданням є подальша розробка цієї тематики, визначення теоретичної природи та особливостей міжнародного процесуального права з метою його адекватного застосування на практиці.

**Роман Міліціанов,**  
здобувач кафедри загальноправових дисциплін ФПМК  
Харківського національного університету внутрішніх справ  
filswet@rambler.ru

## **КОНСТИТУЦІЙНА ЗАСАДА ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

Національне процесуальне законодавство порівняно нещодавно виокремило мережу адміністративних судів та врегулювало їх діяльність окремим кодексом. Адміністративний процес має свої особливості, обумовлені статусом сторін спору, суд наділений широким колом доказових, контрольних і наглядових повноважень, тому змагальність самих сторін певною мірою обмежена. В зв'язку з цим, важливого значення набуває співвідношення змагальної моделі адміністративного судочинства з конституційною засадою змагальності сторін.

Сама правова природа судочинства, яка передбачає наявність такої катего-

---

<sup>1</sup> Анцупова Т.А. Правовой процесс и процедуры в совете Европы: содержание понятий - процессуальное право Совета Европы //Евразийском юридическом журнале. – № 10. (65). – 2013; Анцупова Т.О. Процессуальное право Ради Европы: питання теорії і практики. – Одеса, 2013.

рії, як “спір” зумовлює виникнення змагальності на підставі, в межах та у спосіб передбачені Конституцією та Кодексом адміністративного судочинства України (далі за текстом – КАС України)<sup>1</sup>. Спеціальними ознаками, які характерні до-казуванню лише в адміністративному судочинстві, є: суб’єкти доказування (суд та особи, які беруть участь у справі (сторони, треті особи, представники сторін та третіх осіб); мета доказування (встановлення усіх обставин справи для правильного вирішення публічно-правового спору)<sup>2</sup>. Обов’язок доказування по-кладено на суб’єкта владних повноважень, якщо він заперечує проти позову (ч. 2 ст. 71 КАС України). Однак, позивач не звільнений від обов’язку доказування в повній мірі, подача відповідачем заперечень проти позову не звільняють від обов’язку спростувати його позицію.

В адміністративному судочинстві конституційна засада змагальності сторін забезпечується закріпленням принципу офіційності з’ясування всіх обставин у справі. Останній, згідно із ч.4 ст.11 КАС України, полягає у тому, що під час розгляду справи суд уповноважується вживати передбачені законом заходи, необхідні для з’ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи.

Принцип офіційного з’ясування всіх обставин у справі забезпечує дотри-мання законності під час розгляду та вирішення публічно-правового спору по суті, врівноважує правові можливості позивача із правовими можливостями відповідача, котрий первісно наділений значним потенціалом, аби довести свою правоту чи відстояти свої інтереси в адміністративному суді<sup>3</sup>.

Отже, принцип офіційності – це нормативно закріплені процесуальні повноваження органу судочинства, спрямовані на створення для учасників процесу умов для всебічного, повного й об’єктивного дослідження обставин справи, здійснення контролю за дотриманням правил адміністративного су-дочинства, запобігання порушенням прав третіх осіб, суспільних та публічних інтересів, збирання судом доказів та встановлення істини.

Ми не вважаємо принцип офіційності обмеженням конституційної засади змагальності сторін, навпаки, за рахунок офіційності утверджується “ефек-тивна змагальність”, направлена на досягнення конституційних положень щодо захисту прав особи та забезпечення розгляду справи справедливим судом. Кри-тичне ставлення суду до позицій кожної сторони, в тому числі реалізації прав на залишення позову без розгляду чи укладення мирової угоди, вимагає від

<sup>1</sup> Пасенюк О.М. Адміністративне судочинство України / Підручн. За заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. – Юрінком Інтер. – 2009. – С. 82.

<sup>2</sup> Мельник М.П. Доказування при розгляді земельних спорів в адміністративному су-дочинстві: дисер. к.ю.н. – 12.00.07 - Національний університет Державної податкової служби України – Ірпінь. – 2012. – С. 77.

<sup>3</sup> Комзюк А. Т. Адміністративний процес України : навч. посіб. / А. Т. Комзюк, В.М. Бевзенко, Р.С. Мельник. – К. : Прецедент, 2007. –С. 121.

сторін максимального рівня правової освіти, підготовленості, використання всіх допустимих засобів з метою доказування своєї позиції.

Отже, офіційність стимулює засаду змагальності сторін та фактично є її складовою, оскільки регламентує доказові повноваження суду. Саме за рахунок збільшення впливу суду на процес досягнення істини забезпечується призначення змагальності як конституційної засади судочинства.

Відтак, вважаємо, що саме в рамках адміністративного процесу змагальність найбільшою мірою відповідає нинішнім реаліям правової системи та потребам суспільства, відображає поєднання свободи сторін в розпорядженні доказовим матеріалом та інструктивною роллю суду, як регулятора процесуальних відносин, котрий скеровує владні повноваження в напрямку втілення положень Основного Закону та призначення функціонування судової гілки влади. Повноваження суду дійсно спрямовані на досягнення високої мети, встановлення справедливості та не допускають порушення рівності статусу сторін у справі.

Тому, з метою закріплення єдиного підходу до втілення конституційної засади змагальності сторін, доказові можливості суду, на зразок визначених в КАС України, слід закріпити в інших процесуальних кодексах, що сприятиме прискоренню вирішення конфлікту, надасть суду можливість вести роз'яснювальну роботу, захищатиме порушене право незалежно від оформлення позовної заяви. В такий спосіб можна буде відновити довіру до судової системи України в цілому.

Суперечливими видаються висновки Конституційного суду України у справі №1-9/2011 від 13 грудня 2011 року про скорочення процесуальних строків звернення громадян до суду<sup>1</sup>, які зосереджені виключно на аналізі правових підстав для фіксації меж самої сутності прав і свобод особи шляхом застосування юридичних способів (прийомів). Визнаючи таку практику допустимою, суд виходив з того, що життя заходів для прискорення процедури розгляду справ є обов'язком не тільки держави, а й осіб, які беруть участь у справі. Однак, автор вважає, що конституційне подання в частині обмеженості процесуальних строків слід було розглянути в іншому аспекті.

Обґрунтовуючи право законодавця регламентувати процесуальні строки, орган конституційної юрисдикції фактично самоусунувся від вирішення проблеми по суті. Стверджуємо, що в такий спосіб обмежено дію всіх конституційних засад судочинства, при чому зменшено строки на вирішення базових питань змагального процесу: звернення до суду з позовом, оскарження судових рішень. В такий спосіб допущено порушення рівності як елементу конституційної засади змагальності сторін, адже частина осіб мала змогу захистити свої права в межах річного строку давності, після внесення змін – шести місяців, що відобразилось на аналогічних справах.

---

<sup>1</sup> Рішення Конституційного суду України від 13 грудня 2011 року №17-рп/2012 у справі №1-9/2011 // Електронний ресурс: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-11>.

Конституційний Суд України неодноразово під різним кутом розглядав питання, пов'язані з приписом частини третьої статті 22 Конституції України, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Звуження обсягу прав і свобод - це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики<sup>1</sup>. Європейський суд з прав людини також зазначав<sup>2</sup>, що пункт 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод стосується невід'ємного права особи на доступ до правосуддя.

Тому, передчасні висновки органу конституційного правосуддя надають свободу дій законодавцю для подальшого обмеження засади змагальності сторін, отже такий стан речей слід виправити при вирішенні наступних справ. На можливості прийняття контроверсійних рішень та перегляді попередніх правових позицій з метою забезпечення функціональної стабільності Основного Закону наголошено П. Рабіновичем та В. Гончаровим<sup>3</sup>.

Новелою КАС України є запровадження скороченого провадження, яке є спеціальною процесуальною формою розгляду адміністративних справ. Дана процедура схожа до наказного провадження в рамках ЦПК України, однак має свої особливості: суд не вирішує питання фактів, а лише констатує достатність наданих позивачем доказів для застосування відповідної норми права. Така позиція законодавця пояснюється закріпленням в нормах матеріального чітких підстав для звернення до суду з метою застосування обмежень на здійснення господарської діяльності.

Водночас, автор вважає не виправданим обмеження змагального процесу у вирішенні даних справ, що проявляється у відсутності суб'єкта господарювання при вирішенні судом подання. Вжиття заходів реагування досить суттєво впливає на приватні інтереси та може призвести до зупинення роботи підприємства, отже такий захід зачіпатиме не лише економічні інтереси, але й права громадян, може спричинити не сплату податків.

Тому, необхідно змінити порядок розгляду таких заяв чи позовів, встановивши порядок їх розгляду за участі обох сторін протягом скорочених строків, необхідність негайного усунення загрози життю людей слід усунути надавши право вжиття судом заходів забезпечення адміністративного позову.

Неможливість апеляційного оскарження процесуального рішення про ска-

---

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України 11 жовтня 2005 року N 8-рп/2005 // Електронний ресурс: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-05>.

<sup>2</sup> Рішення Європейського суду з прав людини від 25 лютого 1975 року у справі "Голдер проти Великої Британії" // Електронний ресурс: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_086](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_086).

<sup>3</sup> Рабінович П., Гончаров В. Охорона Конституції України засобами конституційного судочинства // Право України. – 2011. – №6. – С. 108.

сування заходів реагування, застосованих судом обмежує реалізацію конституційної засади змагальності сторін, порушує принципи рівності та створює умови для неодноразового звернення органів державної влади до суду з аналогічних питань.

Відтак, втілення конституційної засади змагальності сторін вимагає внесення відповідних змін до положень КАС України.

**Ірина Міма,**

к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін відокремленого структурного підрозділу “Криворізького факультету”  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
pearle@ukrpost.ua

## **ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК РЕЛІГІЙНО-ПРАВОВИХ ТРАДИЦІЙ ТА ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ ЯК КАТЕГОРІЙ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ**

**А**ктуальність дослідження релігійно-правових традицій як правової категорії визначається теоретико-практичним значенням означеного питання у зв'язку з генезою правової системи та трансформацією вітчизняної правової традиції в її межах.

Специфіка правової традиції, що сформувалась в процесі соціо-політичного розвитку українського суспільства, полягає у сприйнятті права як цілісної нормативної системи, в основі якої перебуває гармонійне поєднання юридичних, моральних та релігійних норм. Аналіз основних етапів історичного розвитку вітчизняної правової системи та державності свідчить про те, що держава та церква перебувають у взаємозв'язку та єдності, здійснюючи вплив на процеси правотворчості та правореалізації.

Проблема релігійних підстав правової традиції у вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі спеціально не досліджувалась. Переважно увага приділялась аналізу правової культури суспільства та впливу релігійних цінностей на її формування та еволюцію. Зокрема, це праці В. Авер'янова, М. Алексеєва, С. Булгакова, О. Величко, В. Дудченко, І. Лїна, М. Козюбри, Ю. Лободи, Л. Луць, П. Музиченка, Ю. Оборотова, В. Опришко, М. Орзіха, О. Павлова, Р. Папаяна, П. Рабіновича, В. Селіванова, О. Скакун, Є. Харитонова, Ю. Шемшуката інших. Тоді як сутнісні та змістовні аспекти правової традиції свідчать про нерозривний зв'язок формально-юридичних, морально-етичних та релігійних (духовних) уявлень, положень, норм в її основі.

Необхідною умовою нормальної життєдіяльності суспільства є урегульованість, стабільність, узгодженість суспільних відносин, певна гармонія у поведінці людей під час реалізації своїх інтересів<sup>1</sup>. При цьому суспільні відносини

---

<sup>1</sup> Поляков А. В. Общая теория права : проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / Поляков А. В. – СПб. : Издательский дом С.-

підлягають об'єктивній трансформації та закономірним напрямом зміни з діалектичним зв'язком консервативних та інноваційних елементів у соціальній життєдіяльності суспільства.

Соціальний розвиток, як стан та одночасно характеристика об'єкта, здійснюється через особливий механізм врегулювання суспільних відносин, який забезпечує та підтримує стабільність і безперервність функціонування суспільства як цілісної соціальної системи. Таким механізмом є традиція.

Феномен традиції розглядається вченими-правознавцями переважно у діалектичній єдності логічних та історичних, статичних та динамічних, стереотипних та інноваційних, консервативних та прогресивних основ розвитку суспільства та правової системи<sup>1</sup>. Традиція пов'язана з важливими сферами життєдіяльності суспільства, як механізм згурпування, узгодження, закріплення та передання політичних, моральних, правових, релігійних цінностей в межах конкретної національної культури.

Правова традиція має розглядатись як соціальний механізм, що забезпечує зв'язок сучасного стану правової реальності з минулим, з метою узагальнення, систематизації та диференціації юридичного досвіду, передачі правових стереотипів, правонаступність правосвідомості та правової поведінки<sup>2</sup>. Правова традиція тісно пов'язана з правовою культурою суспільства та обумовлюється певними особливими факторами: політичними, економічними, національно-культурними та релігійними детермінантами (зокрема, релігійно-моральна консолідація суспільства на підставі християнсько-православної релігії та сталість релігійно-правових традицій у врегулюванні суспільних відносин). Правова культура як складний комплексний соціальний феномен містить єдність таких елементів, як: правосвідомість (відображення юридичної реальності у свідомості індивіда та суспільства (духовний аспект)); об'єктивне право (сукупність юридичних норм, об'єктивних стосовно волі та свідомості людини (матеріальний аспект)); юридична практика (правовідносини, правозастосовний та правотворчий види юридичної діяльності (функціональний аспект)). Тобто, правова культура як ціннісний аспект правової реальності визначає її статичну складову, а правова традиція відображає динамічну.

Визначення місця та значення релігійно-правових традицій у розвитку та становленні правової культури пов'язано з системою соціально-правового регулювання суспільних відносин. Соціальне регулювання як процес визначає соціальний порядок у суспільстві, спрямований на впорядкування, закріплення та розвиток суспільних відносин, з метою досягти відповідності та узгодженості

Петербурзького ін-та, 2004. – С.751.

<sup>1</sup> Графський В.Г. Традиції і оновлення в праві: ціннісне змінення перемін / В.Г. Графський // Проблеми ціннісного підходу в праві: традиції і оновлення. – М. : Інститут держави і права РАН, 1996. – С. 80.

<sup>2</sup> Дудченко В.В. Традиція правового розвитку : плюралізм правових вчень : монографія / В.В. Дудченко – О. : Юрид. л-ра, 2006. – С. 121.

між поведінкою окремого індивіда та діями інших суб'єктів, їх інтересами, цілями та задачами відповідно до об'єктивних закономірностей.

Первинними елементами системи соціального регулювання суспільних відносин є соціальні норми (моральні, корпоративні норми, традиції, звичаї тощо), які у своїй єдності складають особливу нормативну підсистему<sup>1</sup>. Особливе місце у цій системі соціально-нормативного регулювання суспільних відносин займають релігійні норми. Наявність релігійних догматів у суспільстві дозволяє об'єднати певні релігійні погляди у систему єдиних похідних релігійних настанов, якими закріплюється ієрархія соціальних цінностей, набуваючи ознак нормативності та виконуючи регулятивну функцію у суспільстві. Релігійні норми, як відповідна ціннісно-нормативна система, врегульовують суспільні відносини одночасно з правовими. При цьому релігійні догмати здійснюють не тільки регулятивний вплив на поведінку суб'єктів суспільних відносин, а й визначають особливості становлення правової традиції у суспільстві. Так, наприклад, формування вітчизняної правової традиції відбувалось під впливом правових культур Заходу та Сходу, що сприяло особливому синтезу цих культур у форму континентальної моделі правової системи адаптованої до релігійних догм східного християнства. Православ'я, як домінуюча релігія, визначило та сформувало підвалини релігійно-правової традиції, що стали об'єднуючим фактором та ефективним регулятором суспільних відносин у релігійно-ідеологічній єдності суспільства та становленню правової культури. Так, моральні цінності суспільства тісно пов'язані та обумовлені релігійно-нормативними ідеалами. Проте, у правосвідомості духовно-моральні цінності традиційно пов'язані з державно-правовими ідеалами, що мають загальнолюдське, надконфесійне та наднаціональне значення<sup>2</sup>. Тому, сучасна держава на сьогодні має на меті з одного боку, захистити конституційні права громадян на віросповідання, з іншого боку, забезпечити суспільство від небезпеки деструктивних ідеологічних та релігійних впливів.

Таким чином, правова культура має розглядатись як результат соціально-юридичної дійсності, що виражається у правових нормах, цінностях, інститутах, станах та формах, які у сукупності виконують функцію соціально-правової орієнтації суб'єктів суспільних відносин у процесах правотворчості та реалізації права. З огляду на зазначену інтерпретацію правової культури, релігійно-правова традиція визначається як особливий релігійно-нормативний механізм, що забезпечує зв'язок стану правової дійсності з минулим та дозволяє здійснити відбір, узагальнення, систематизацію та диференціацію юридичного

---

<sup>1</sup> Оніщенко Н. М. *Правова система: проблеми теорії* / Оніщенко Н. М. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — 67 с.

<sup>2</sup> Трегубенко С.В. *Религиозные основания правовой традиции России* : диссертация на соиск. науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 "Теория и история государства и права; история политических и правовых учений" / С. В. Трегубенко. — Санкт-Петербург, 2005. — С.59.



досвіду, передачу правових стереотипів, правонаступність правосвідомості та правової поведінки. На сьогодні в Україні відсутня єдина державна ідеологія, обумовлена об'єднанням багатонаціонального та багатоконфесійного суспільства з метою перспективного розвитку правової системи, а також формування положень комплексної ідеї української державності, в якій поєднувались концепція сильної держави та православної культури. Становлення та розвиток релігійно-правових традицій обумовлюється особливістю формування на рівні суспільної правосвідомості відчуття єдності політико-правової системи з православною гілкою християнства. Конституція України (ст. 35) закріплює, що церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа - від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова. При цьому визначається рівність усіх релігійних об'єднань, надання рівних прав традиційним напрямом віросповідання разом з новоствореними формуваннями сектантського та екстремістського типу. Тому, доречно доповнити статтю 35 Конституції України наступним змістом: “Забороняється створення та діяльність релігійних об'єднань, мета та діяльність яких спрямована на протиправну зміну основ конституційного ладу та порушення цілісності України, підрив безпеки держави, створення військових формувань, розпалювання соціального, расового, національного та релігійного конфлікту, насильницьке залучення громадян у релігійну діяльність та завдання примусового психологічного впливу (тиску)”.

**Михайло Молякво,**

аспірант відділу цивільного, трудового і підприємницького права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корещького НАН України  
moliavkomisha@gmail.com

## **ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕЖИМУ МАЙНА У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ**

**П**равове регулювання режиму військового майна в Україні здійснюється Законом України “Про правовий режим майна у Збройних Силах України”. Військове майно – це державне майно, що закріплене за окремими військовими суб'єктами, перелік яких приводиться у ст. 1 вказаного закону. Дана стаття приводить також перелік видів військового майна, який, як на нашу думку, занадто деталізований, але все одно не вичерпний. Закон повинен містити ознаки, за якими майно можна віднести до військового, але не його перелік.

Управління військовим майном та вирішення питань щодо забезпечення Збройних Сил України здійснюють Міністерство Оборони України та Кабінет Міністрів України відповідно до своїх повноважень, встановлених законодавством.

Окремі види військового майна безпосередньо закріплюються за військо-

вими частинами збройних сил на праві оперативного управління (ст. 3 ЗУ “Про правовий режим майна у Збройних Силах України”). Тобто саме військові частини володіють, користуються і розпоряджаються ним, але здійснюють ці повноваження під контролем власника.

Методика оцінки вартості військового майна, для його подальшого відчуження розробляється Міністерством оборони України і затверджується Кабінетом Міністрів України (ст. 6 ЗУ “Про правовий режим майна у Збройних Силах України”). Військове майно є специфічним об’єктом, для оцінки якого має залучатися суб’єкт оціночної діяльності, що має відповідну кваліфікацію.

Реалії сьогодення продемонстрували недосконалість існуючого режиму управління військовим майном. Аналіз норм спеціального закону, що визначає правові засади режиму військового майна дозволяє зробити висновки про те, що крім Міністерства оборони фактично ніхто більше не контролює здійснення процесу управління цим майном. Разом з тим, центральним органом виконавчої влади із спеціальним статусом, що реалізує державну політику в сфері використання та відчуження державного майна, управління об’єктами державної власності є Фонд державного майна (ст.1 Закону України “Про Фонд державного майна України”). Але актуальне законодавство, що регулює правовий режим майна Збройних сил України не передбачає залучення Фонду державного майна України та його територіальних підрозділів до контролю за цим видом майна. За аналогією можна було б до складу комісії, що здійснюють облік та списання військового майна, його інвентаризацію, відчуження, утилізацію необхідно залучати посадових осіб Фонду державного майна як у комісії з приватизації державного майна.

Реалізація військового майна проявляє свою специфічність з огляду на коло суб’єктів, що мають право його придбання. Оскільки переважна більшість видів військового майна обмежені в цивільному обороті, то реалізація такого майна здійснюється з урахуванням цієї обставини. Але при цьому спеціального нормативного акту, що встановлював би порядок оцінки таких об’єктів, не затверджено. Ст. 6 ЗУ “Про правовий режим майна у Збройних Силах України” передбачає, що методика оцінки військового майна та порядок його реалізації розробляється Міністерством оборони та іншими зацікавленими органами. Але до цього часу такої методики не розроблено. На нашу думку, формалізація підходів до оцінки військового майна та підготовка відповідних спеціалістів дозволить зменшити зловживання у військовій сфері через відповідні механізми контролю. Причому саме таким чином до контролю долучаються і підрозділи Фонду державного майна.

Згідно Постанови Кабінету Міністрів України “Про порядок відчуження та реалізації військового майна Збройних сил України” підготовку, проведення відчуження та реалізації військового майна здійснює Міністерство оборони із залучення у деяких випадках Мінекономрозвитку, а у деяких Мінфіну. І хоча переважну більшість рішень з цього приводу приймає Кабінет Міністрів, але

фактично усі питання знаходяться виключно у сфері інтересів Міністерства оборони.

До 2014 року на законодавчому рівні детально врегульовано питання відчуження військового майна. Але реалії сьогодення виявили проблеми у правовому регулюванні матеріального забезпечення збройних сил на усіх рівнях. Недосконалий бюрократичний механізм, відсутність оперативного центру, що формував би обсяг необхідного з урахуванням пріоритетів не дають можливості у найкоротші терміни ефективно справлятися з задачами забезпечення збройних сил необхідним для захисту країни від військових посягань. Завдання правової науки – запропонувати дієвий механізм для формування та реформування майнового комплексу збройних сил України, здатного реалізовувати основні їх функції, передбачені ст. 1 Закону України “Про збройні сили”, а саме - забезпечувати стримування збройної агресії проти України та відсіч їй, охорону повітряного простору держави та підводного простору у межах територіального моря України у випадках, визначених законом, брати участь у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом.

**Олеся Молякко,**

к.ю.н., науковий співробітник відділу цивільного,  
трудового і підприємницького права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
mol99@mail.ru

## ІНСТИТУТ САМОЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Самою незахищеною особою у нас є кредитор. Він обмежений строками (при спливанні строку позовної давності можливість поновлення постраждалої сфери кредитора стає сумнівною), розмірами (законом обмежено розміри стягнення штрафних санкцій з порушника; строки, протягом яких можна застосовувати майнові санкції), діями (вимагання повернути кошти за певних обставин може кваліфікуватися як протиправна дія, що тягне за собою кримінальну відповідальність).

Введення в цивільне законодавство поняття “самозахист цивільних прав” є безумовно позитивною подією. Адже психологічно особа в актуальних умовах не завжди готова проявляти ініціативу в питаннях захисту своїх інтересів, розраховує на втручання держави та її інституцій у цей процес. Так, маючи правостановлюючі документи на нерухоме майно особа, як правило, не допускає думки про самостійну реалізацію своїх прав (йдеться про випадок набуття цих прав). Зазвичай вона шукає способів залучення правоохоронних органів до реалізації свого права. Традиційно намагання самостійно реалізувати свої права викличе непорозуміння на побутовому рівні як в громадськості, так і у правоохоронних органів.

Тому питання самозахисту своїх цивільних прав слугує впровадженню свободи вибору як засадничого принципу цивільного права.

Неюрисдикційна форма захисту цивільних прав полягає в особливих діях громадян і організацій, що здійснюються ними самостійно, без звернення до державних та інших компетентних органів. В цивільному кодексі України введено поняття самозахисту цивільних прав. Вибір форми захисту прав (юрисдикційної чи не юрисдикційної) та конкретного способу захисту з урахуванням усіх обставин справи залежать як від змісту суб'єктивного права, що підлягає захисту, так і ступеня небезпеки такого порушення. Інститут самозахисту не з'являється в цивілістиці вперше, він зустрічається як у вітчизняній науці цивільного права, так і в зарубіжних законодавствах.

Під самозахистом розуміють застосування особою, право якої порушено, засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам громадянського суспільства (ст.19 ЦК України).

До них, наприклад, належать дії власника або іншого законного володільця, що спрямовані на захист майна, а також дії, здійснені в стані крайньої необхідності або необхідної оборони.

Дії по самозахисту порушеного права можуть здійснюватися як особисто, так і іншими особами, що діють в інтересах особи, право якої порушується або ж за її дорученням.

Способи самозахисту можуть обиратися як самою особою, так і визначатися договором, законом або іншим нормативно-правовим актом.

Використання названих заходів самозахисту має свої межі, що підкоряється загальноприйнятним нормам та принципам здійснення суб'єктивних цивільних прав. Недопустимо застосовувати заходи самозахисту таким чином, щоб порушувати права та законні інтереси інших осіб. Якщо використання недозволених засобів захисту призводить до спричинення шкоди майну або здоров'ю інших осіб, то виникає передбачений законом обов'язок відшкодування спричиненої шкоди.

Способи самозахисту мають відповідати змістові права, що порушене, та характерові дій, якими воно порушене.

Не підлягає відшкодуванню шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист, в тому числі в стані необхідної оборони, якщо її межі не були перевищені (ст.1169 ЦК України).

Необхідна оборона є комплексним інститутом, що регламентується як цивільним, так і кримінальним правом. У цивільному праві поняття необхідної оборони дещо ширше, ніж в кримінальному. В цивільному праві до необхідної оборони відносять дії, що підпадають під поняття цивільного правопорушення, але не тягнуть за собою заходів юридичної відповідальності. Правовим наслідком дій у стані необхідної оборони є, з точки зору цивільного права те, що спричинена нападаючому шкода не підлягає відшкодуванню.

Але, якщо при здійсненні права на самозахист особа завдала шкоду іншій

особі, ця шкода має бути відшкодована особою, яка вчинила протиправну поведінку. Якщо така шкода заподіяна засобами самозахисту, що не заборонені законом, вона відшкодовується особою, яка вчинила протиправну поведінку (ч.2, 3 ст.1169 ЦК України).

З цих положень можна зробити висновок про те, що лише шкода, заподіяна не забороненими законом засобами при здійсненні права на самозахист не підлягає відшкодуванню. В усіх інших випадках особа, що вчинила протиправну поведінку, навіть у стані крайньої необхідності має відшкодувати заподіяну шкоду.

Широке застосування самозахисту цивільних прав сприятиме розвитку цивілізованого майнового та господарського обороту.

**Стелла Морозова,**

к.ю.н., начальник відділу забезпечення діяльності заступника Голови Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ  
stella\_tutela@ukr.net

## ВЗАЄМОДІЯ ЮРИДИЧНИХ СИЛ ЯК ЗАПОРУКА ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Відсутність однаковості в судовій практиці руйнує єдність державного правопорядку, послаблює силу закону і підіриває принцип рівності всіх громадян перед законом. Необхідно тому встановити нагляд за діяльністю всіх судів з метою забезпечити однакове тлумачення і застосування ними законів<sup>1</sup>. Ці слова Є.В. Васьковського актуальні й сьогодні. Однак, на нашу думку, єдність судової практики має забезпечуватися усіма юридичними ланками держави та суспільства. Розглянемо декілька з них на прикладі цивільного судочинства.

**Орган законодавчої влади.** Всім відомо про мінливість нашого законодавства. Так, тільки в ЦПК України з моменту його прийняття було внесено зміни згідно прийнятих законів у кількості близько 50-ти. Що ж стосується матеріального права, то тут відзначимо тільки ЦК України та ЗК України, як найбільш “популярні” в практиці цивільного судочинства – в кожен з них були внесені зміни більше як 80-ма законами! І це не рахуючи тлумачень і визначень Конституційного Суду України, що стосуються норм зазначених Кодексів, практики Європейського суду з прав людини. Як не згадати тут слова Тацита – чим ближче держава до падіння, тим чисельніші його закони?

Нагромадження законодавчого матеріалу не робить його простішим, чіткішим у застосуванні і не усуває існуючих прогалин.

На сьогодні суди досить часто вимушені “створювати право”, інакше їх діяльність стане не тільки не ефективною, а приведе до результатів, протилежним

---

<sup>1</sup> Васьковський Е.В. Учебник гражданского процесса / Васьковский Е.В.; Под ред., с предисл.: Томсинов В.А. – М.: Зерцало, 2003. – С.34-35.

тим, яких від них очікує суспільство. Застосовуючи чинне законодавство суди не захищатимуть права, а сприятимуть їх порушенню.

**Судова влада.** Ніхто не знає, що це таке, оскільки законодавством це не визначено, а в науковій літературі — це спірне поняття. Ми виходимо з того, що судову владу складають державні суди, оскільки тільки вони ухвалюють рішення іменем України, які є обов'язковими до виконання на всій території України. Судова влада в Україні здійснюється за допомогою конституційного, цивільного, господарського адміністративного та кримінального судочинства. Що ж стосується допоміжних інституцій, які забезпечують діяльність судової влади, а саме — Державної судової адміністрації України, органів суддівського самоврядування, то їх до судової влади не слід відносити.

На сьогодні єдність судової практики забезпечується вищими спеціалізованими судами (п. 4 ч. 1 ст. 32 Закону України “Про судоустрій та статус суддів”), до повноважень пленуму вищого спеціалізованого суду віднесено повноваження з узагальнення з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції практику застосування матеріального і процесуального закону; за результатами узагальнення судової практики надання роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції (п. 2, 6 ч. 2 ст. 36 Закону України “Про судоустрій та статус суддів”).

Лунають пропозиції щодо надання Верховному Суду України наведених вище повноважень з метою забезпечення єдності судової практики. Однак Верховний Суд України і сьогодні має таку можливість, оскільки законом передбачено здійснення ним таких повноважень, як: перегляд справ з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, передбаченому процесуальним законом; перегляд справ у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом; звернення до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України.

Ця ж функція забезпечується наданням рішенням Верховного Суду України статусу прецедентів. Рішення тільки цього Суду, прийняті за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права та для всіх судів України (ст. 360-7 ЦПК України, ст. 111-28 ГПК України, ст. 244-2 КАС України). Надаючи такі права Верховному Суду України, закон тим самим встановлює своєрідну форму керівництва, яка і дозволяє забезпечити єдність практики вирішення спорів і цивіль-

ної, і господарської, і кримінальної, і адміністративної юрисдикції. Постанови Верховного Суду України по конкретним справам мають домінуюче значення навіть перед нормою закону і формують практику судів нижчих інстанцій.

Проведений аналіз постанов Верховного Суду України дає змогу відзначити відсутність в окремих випадках уніфікованого підходу до вирішення справ однієї категорії, зміну правових позицій Верховного Суду України у справах цивільної юрисдикції. Наприклад, у справах про вилучення після смерті інваліда автомобіля, отриманого ним як гуманітарна допомога (справа № 6-72 цс11 від 30 січня 2012 року, справа 6-153цс12 від 16 січня 2013 року), у справах про захист прав споживачів при придбанні автомобілів (справа № 6-161цс12 та справа № 6-40ц13) тощо.

Виправити ситуацію можна лише із зміною законодавства шляхом зобов'язання Верховного Суду України в найкоротші строки направляти прийняті ним постанови вищим спеціалізованим судам і, можливо, одночасно й апеляційним судам. На нашу думку, відсутність законодавчого закріплення порядку оприлюднення правових позицій Верховного Суду України є одним із чинників, які стають на перешкоді єдності судової практики.

Врахування практики Європейського суду з прав людини (ЄСЗПЛ) також має слугувати її єдності. Відповідно до Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” суди зобов'язані зважати на рішення ЄСЗПЛ у справах проти України. Безумовно, що судді сьогодні є мобільними і в більшій мірі ознайомлені зі змістом багатьох рішень у справах проти України. Однак, заради справедливості зазначимо, що остаточні рішення ЄСЗПЛ в офіційному перекладі стають загальнодоступними із значним розривом у часі між прийняттям такого рішення ЄСЗПЛ і його офіційним перекладом та оприлюдненням на офіційних порталах органів державної влади.

Досить часто судді узнають про зміну позиції Верховного Суду України, про прийнятті Європейським судом з прав людини рішення із позовних заяв та клопотань сторін у справі. Такий стан є вкрай ганебним. Адже документи, прийняті цими судовими установами, слугують орієнтиром в діяльності судів загальної юрисдикції нижчих інстанцій і мають для них обов'язкове значення.

**Громадянське суспільство.** Судочинство в Україні здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. А народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних, що передбачено у статті 124 Конституції України.

Важливою складовою нормальної діяльності органів судової влади є дієвий громадський контроль і співробітництво громадськості з органами судової влади. На це, зокрема, направлений інститут народних засідателів. Не зважаючи на те, що цивільне процесуальне законодавство закріплює за народними засідателями відповідний процесуальний статус, передбачає їх участь у справах відповідної категорії, в практиці випадки такої участі маловідомі.

**Наукові дослідження з юридичних наук та з державного управління.** Суспільство скептично ставиться до сучасних наукових досліджень будь-якої галузевої юридичної належності. Прикро визнавати, але досить часто таке ставлення справедливе. У наукових дослідженнях з цивільного, сімейного, міжнародного приватного права, цивільного процесу, зі спеціальностей, віднесених до державного управління, не завжди враховуються навіть відносно сталі положення законодавства та теорії держави і права, а аналіз існуючих наукових робіт починається і закінчується простим переліком прізвищ та ініціалів, та й то нерідко – з помилками. Все це – стан законодавства, наукові праці класиків юриспруденції та роботи сучасних науковців – можна оспорювати, але ігнорувати некоректно. При цьому слід визнати, що відсутність комплексного підходу до вивчення обраної теми наукового дослідження знижує його якість, робить непридатним для практичного застосування у законотворчій та правозастосовній діяльності.

**Висновок.** Відзначені державні та суспільні юридичні інституції (не зачіпаючи в жодному разі організаційно-правової концепції поділу влади) взаємопов'язані і доповнюють одна одну. Їх діяльність окремо і в своїй єдності й визначає характер уніфікованості чи розрізненості судової практики.

Цінним стане такий механізм забезпечення єдності судової практики, в якому працюватимуть безперервно всі його елементи, всі ланки і з'єднання. У процесі налагодження цього механізму повинні бути виявлені всі прогалини і враховані найдосконаліші пропозиції щодо його удосконалення. Безумовно, це складне завдання, але воно цілком під силу практичним працівникам, науковому співтовариству, зокрема й присутнім на нашому зібранні.

**Олег Муза,**

к.ю.н., старший науковий співробітник, головний консультант відділу моніторингу законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України  
ovm\_ol@ukr.net

## **ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ СУТНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ**

**Р**озглядаючи окремі сфери виникнення адміністративно-процесуальних правовідносин, можна акцентувати увагу на тому, що мова може йти про різні види правовідносин, у яких може відбуватися реалізація адміністративно-процесуальних норм. Існуюча на теперішній час кількість законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, якими встановлюється порядок взаємодії фізичних та юридичних осіб з одного боку та органів публічної влади з іншого нашою є необхідність вироблення класифікації сфер виникнення, зміни та припинення адміністративно-процесуальних правовідносин. Однак,



ставлячи таке завдання, варто звернути увагу на багатовимірність категорії “адміністративно-процесуальні правовідносини” та характер прав і обов’язків, якими можуть бути наділені учасники таких відносин. Враховуючи підтримку автором “широкої” концепції адміністративного процесу, можна виділяти сфери адміністративно-процесуальних правовідносин за тими структурними частинами, які у цілому складають правове явище “адміністративний процес”<sup>1</sup>:

**управлінський процес** (застосування адміністративно-правових норм органами державної влади, посадовими і службовими особами, у тому числі у ході виникнення, зміни та припинення адміністративної процедури);

**адміністративний деліктний процес** (особливий вид виконавчо-розпорядчої та судової діяльності, пов’язаної з реалізацією у примусовому порядку відповідних адміністративно-правових норм);

**адміністративний судовий процес** (особливий порядок розгляду судами справ адміністративної юрисдикції).

У даній статті ми будемо вести мову про ті правовідносини, які складаються у сфері публічного управління, однак набувають рис адміністративно-процесуальних, оскільки реалізують адміністративно-матеріальні правові норми.

Виходячи із загальних теоретичних положень про адміністративний процес, для правильного розуміння адміністративно-процесуальної діяльності органів публічного управління варто навести міркування О.О. Дьоміна, який визначив таку послідовність адміністративних, управлінських відносин: 1) прийняття правового рішення (процедура); 2) виконання правової норми (процедура); 3) примус до виконання правової норми (провадження); 4) вирішення спорів про право (процес) як альтернативна стадія<sup>2</sup>.

Таке положення акцентує увагу на тому, що адміністративно-процесуальні правовідносини можуть набувати різних правових форм та виникати на підставі великої сукупності юридичних фактів.

Слід розглядати і категорію “процес управління” як сукупність циклічних дій, пов’язаних з виявленням проблем, пошуком і організацією виконання прийнятих рішень. У своєму смисловому навантаженні вона подібна до “управлінської” процедури, оскільки передбачає сукупність дій, що складають зміст державно-управлінської діяльності. Зокрема, пропонуються такі етапи управлінської діяльності органів виконавчої влади як: пошук, збирання, обробка й аналіз інформації; встановлення мети; ухвалення загального рішення; конкретизація рішення (планування, програмування і т.д.); формування завдань ви-

<sup>1</sup> Концепція “тріади” адміністративного процесу була запропонована автором у монографії “Адміністративна юстиція в Україні: стан та перспективи розвитку” (К. : Четверта хвиля, 2011. – С. 74-75).

<sup>2</sup> Демин А. А. Понятие административного процесса и кодификация административно-процессуального законодательства Российской Федерации / А. А. Демин // Государство и право. – 2000. – № 11. – С. 2.

конавцям (органам, установам); вироблення часткових рішень щодо виконання завдань; організація діяльності щодо виконання загального рішення; керівництво діяльністю щодо виконання загального рішення<sup>1</sup>.

Управлінський процес на думку Н.Р. Нижник є лише процедурною стороною управлінської діяльності. Не всі процедури, які закріплені нормами адміністративного права, є управлінськими. Управлінськими слід вважати лише ті, які визначають порядок управлінської діяльності<sup>2</sup>. Таке міркування виступає засадничим положенням щодо розрізнення усієї управлінської діяльності та тих її видів, що є предметом адміністративного процесу (тієї його частини, яка не пов'язана із адміністративною юрисдикцією чи адміністративним судочинством).

Категорія “управлінський процес” має неодмінне відношення до такого всеохоплюючого правового явища як державно-управлінські правовідносини. Це обумовлює сутність управлінського процесу особливостями державно-управлінських правовідносин. Зокрема, сфера суспільних управлінських відносин ширша від сфери даних відносин, врегульованих нормами адміністративного права, тобто вертикальних адміністративних правовідносин і, по-друге, сфера управлінських відносин, що регулюються адміністративно-правовими нормами, вужча від сфери адміністративних правовідносин у цілому, оскільки останні включають й горизонтальні адміністративні правовідносини<sup>3</sup>.

Для існування різних поглядів на правовідносини, що виникають у зв'язку із прийняттям управлінських рішень, зазначимо, що у структурі юридичного процесу поряд з управлінським процесом виділяють й правотворчий процес. При цьому слід відразу зауважити, що правотворчий процес передбачає прийняття усіх правових актів у державі – від законів до рішень органів місцевого самоврядування, що відповідно є досить широкою категорією для характеристики прийняття управлінських рішень у розумінні предмета адміністративного права і процесу.

О.В. Кузьменко даючи характеристику адміністративного процесу через різні види адміністративних проваджень пропонує таку групу проваджень, як адміністративно-процедурні провадження у рамках яких виділяє “управлінську”, “щодо надання адміністративних послуг” та “за зверненнями громадян”<sup>4</sup>. І у рамках управлінської процедури завжди приймається відповідне рішення.

Однак такий вид адміністративно-процесуальних правовідносин слід від-

<sup>1</sup> Нижник Н. Р. Теоретичні аспекти державного управління : [монографія] / Н. Р. Нижник, С. П. Мосов. – Чернівці : Технодрук, 2011. – С. 82-87.

<sup>2</sup> Нижник Н. Р. Правовое регулирование государственно-управленческих отношений : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.02 / Нижник Нина Романовна. – М., 1992. – С. 294.

<sup>3</sup> Державне управління: теорія і практика / за заг. ред. Авер'янова В. Б. ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К. : “ЮрінкомІнтер”, 1998. – С. 38.

<sup>4</sup> Кузьменко О. В. Курс адміністративного процесу: [навч. посіб.] / О. В. Кузьменко. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – С. 40.

межувати від правовідносин, що складаються у рамках нормотворчих проваджень, які передбачають прийняття відповідних адміністративних актів. Нормотворчі провадження в адміністративному праві не торкаються питань прийняття законів України та інших актів Верховної Ради України. Нормотворчі провадження передбачають прийняття відповідних підзаконних нормативно-правових чи індивідуальних актів. Тобто, існування управлінських проваджень та нормотворчих проваджень свідчить про те, що адміністративно-процесуальні правовідносини, які виникають у зв'язку з прийняттям управлінських рішень, мають складну структуру та їх юридичний зміст відображає права та обов'язки різних суб'єктів таких правовідносин на різних рівнях адміністративно-правового регулювання.

У теорії адміністративного процесу управлінські правовідносини пов'язують із адміністративними процедурами, виділяючи при цьому окрему категорію “адміністративні процедури”.

Складність подолання прогалин у правовому регулюванні адміністративних процедур пояснюється відсутністю науково-методологічної бази адміністративного процесу у вітчизняній науці адміністративного права. На жаль, але й досі серед науковців немає єдиної точки зору щодо розмежування понять “адміністративний процес” та “адміністративна процедура”. Не існує й переконливих наукових доказів з приводу визначення місця та ролі адміністративних процедур в системі адміністративного права і процесу, однак на нашу думку, на теперішній час склались ряд проваджень у сучасному адміністративному процесі, які не носять адміністративно-деліктного чи адміністративно-судового характеру, а тому мають право бути виокремлені в окрему групу адміністративно-процесуальних правовідносин.

Необхідність прийняття актів, які регулюють адміністративні процедури країнами-членами Ради Європи, передбачено Резолюціями та Рекомендаціями Ради Європи (Резолюція (77) 31 на захист особи щодо актів адміністративних органів, Рекомендація № R (80) 2 стосовно здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами та ін.).

Таким чином, *адміністративно-процесуальні правовідносини, що виникають у сфері публічного управління, включають:* 1) адміністративні провадження із прийняття правових актів управління; 2) організаційно-управлінські відносини (по горизонталі та по вертикалі); 3) укладання, виконання, зміна, розірвання та припинення адміністративних договорів; 4) адміністративні процедури; 5) надання адміністративних послуг. Загальні риси державно-управлінської діяльності, а також специфічні риси кожної із груп адміністративно-процесуальних правовідносин формують систему управлінського процесу в адміністративному праві України.

## ЩОДО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ОСОБИ НЕ ВИКОНУВАТИ ЯВНО ЗЛОЧИННИЙ НАКАЗ

Забезпечення та гарантування прав і свобод людини є основними обов'язком будь-якої держави. Україна знаходиться на етапі інтеграції до європейського політичного, економічного, правового простору з метою набуття членства в Європейському Союзі. Це, у свою чергу, передбачає адаптацію національного законодавства до Європейських вимог. Законодавство країн Європи за своїм змістом направлене, насамперед, на забезпечення, гарантування та дотримання прав та свобод людини і громадянина.

Відповідно до загальних правил у сфері управління особа, яка перебуває в умовах підпорядкованості іншій особі (наприклад, військовослужбовець, працівник або службовець підприємства, установи чи організації), а також особа, яка хоч і не перебуває у відносинах підпорядкованості, проте згідно із законом зобов'язана підкорятися законним вимогам, зокрема представників влади, має юридичний обов'язок виконувати звернені до неї законні накази чи розпорядження.<sup>1</sup>

Разом з тим, у певних випадках особа, до якої звернено наказ чи розпорядження має конституційне право на відмову від його виконання, хоча в силу закону має обов'язок його виконати. Ці випадки пов'язані із виконанням незаконних чи злочинних (явно злочинних) наказів чи розпоряджень.

У сучасному розумінні конституційні права та свободи людини і громадянина – це основні права та свободи, встановлені та гарантовані Конституцією України. Вони є засобом забезпечення всебічного розвитку особи, задоволення її інтересів і потреб, виражають об'єктивні можливості члена суспільства володіти, користуватися і розпоряджатися певними соціальними благами, а також набувати і захищати їх.<sup>2</sup>

Статтею 3 Конституції України проголошено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Баулін Ю.В. Вибрані праці / Ю.В. Баулін. – Х.: Право, 2013 – с. 874.

<sup>2</sup> Юридична енциклопедія: В 6 т./Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.. – К.: Укр. енцикл., 2001 – Т. 3: К-М.-2001. – с. 284.

<sup>3</sup> Конституція України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

Розділ II Конституції України передбачає широкий перелік прав і свобод людини і громадянина, обов'язок за додержанням та гарантуванням яких, взяла на себе держава. Однією із конституційно-правових гарантій – є право особи не виконувати явно злочинний наказ чи розпорядження (стаття 60 Конституції України).

Гарантування виступає найважливішим чинником реального забезпечення прав і свобод особи, поряд з їх визнанням, дотриманням і повагою. Воно здійснюється за допомогою специфічних засобів – гарантій, завдяки яким стає можливим безперешкодне здійснення прав і свобод, їх охорона від можливих протиправних посягань і захист від незаконних порушень.<sup>1</sup>

Слід зазначити, що дослідження проблем виконання наказу у сучасних умовах, є досить актуальним та вкрай важливим, оскільки система управлінських відносин, яка постійно зазнає змін не в змозі забезпечити належний захист та гарантування передбачених прав. Разом з тим, на практиці існують проблеми пов'язані із відданням і виконанням наказів, у тому числі й явно злочинних, які призводять до негативних наслідків, зокрема порушення основних прав і свобод людини.

Дослідження вказаних проблем здійснювалося багатьма науковцями, серед них: Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, Ю.В. Баулін, В.М. Білоконєв, П.П. Богуцький, В.П. Бодаєвський, В.В. Бондарєв, В.О. Бугаєв, В.С. Давиденко, С.І. Дячук, В.І. Касинюк, В.А. Клименко, В.К. Матвійчук, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, М.І. Панов, Є.Б. Пузирєвський, О.М. Сарнавський, М.М. Сенько, О.С. Ткачук, М.С. Туркот, М.І. Хавронюк, С.О. Харитонов, Г.І. Чангулі та іншими науковцями. Однак, проблеми виконання наказу та розпорядження потребують детального дослідження у сучасних умовах та з урахуванням існуючої системи управління.

Говорячи про свободу, не можна залишити без уваги проблеми, пов'язані з примушуванням особи до тих чи інших дій або поведінки. Так, 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.<sup>2</sup>

Положення Конституції України знайшли своє відображення у Кримінальному кодексі України. Розділ VIII Загальної частини Кримінального кодексу України серед обставин, що виключають злочинність діяння, визначає наказ або розпорядження. Стаття 41 КК України встановлює, що заподіяння шкоди правоохоронюванім інтересам визнається правомірним, якщо воно було вчинено з метою виконання законного наказу чи розпорядження. Крім того, звіль-

<sup>1</sup> Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России / Л.Д. Воеводин. – М. 1997. – С.221.

<sup>2</sup> Конституція України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

няється від відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ чи розпорядження.<sup>1</sup>

Ю.В. Баулін, досліджуючи конституційні права та обов'язки людини і громадянина, відносить виконання законного наказу до такої групи, як виконання правових обов'язків.<sup>2</sup> Вважаємо, що при дослідженні виконання наказу чи розпорядження слід враховувати й право особи на відмову від його виконання, оскільки в окремих випадках кримінальна відповідальність особи залежить від того, чи усвідомлювала вона злочинний характер наказу. Так, КК України виходить із концепції оцінки виконавцем відданого йому наказу й ознака “явності” є оціночною.

Необхідно, також, враховувати міжнародно-правове забезпечення прав і свобод людини, яке є джерелом концепції прав людини у Конституції України. Зокрема, Загальна декларація прав людини прийнята і проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 10.12.1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 (ратифікований Україною 19.10.1973 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966 р. (ратифікований Україною 19.10.1973 р.). Дані міжнародні акти передбачають свободу та недоторканість людини (особи) та її захист від порушення передбачених прав.

Враховуючи вищенаведене, приходимо до висновку, що Конституцією України декларується, передбачається та гарантується право особи не виконувати явно злочинний наказ чи розпорядження, а також захист особи у разі відмови від виконання незаконного наказу або розпорядження. Разом з тим, на сучасному етапі здійснення управлінських відносин існує необхідність удосконалення належного правового регулювання захисту та реалізації даного права. Відтак, дана проблема потребує детального дослідження, а законодавство, у тому числі про кримінальну відповідальність, значних змін, для забезпечення надійного правового захисту осіб на яких покладено обов'язок виконувати накази інших осіб.

Олена Нагорська,

Старший викладач кафедри права

Приватного навчального закладу “Економіко-технологічний університет”

olena.nagorska@gmail.com

## ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ВІДБУДОВИ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Зародження ідеї правової держави насамперед базується на русі до свободи, свідомому прагненні позбутись тоталітарного режиму, зобов'язати державу поважати та захищати права та свободи людини і громадянина. Творення пра-

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

<sup>2</sup> Баулін Ю.В. Вибрані праці / Ю.В. Баулін. – Х.: Право, 2013 – с. 848.

вової держави, в якій знайшли б реалізацію і надійний захист права, свободи та інтереси кожного громадянина, при одночасному добровільному виконанні обов'язків перед державою і суспільством - мета багатьох наукових досліджень, започаткованих ще в працях Арістотеля і продовжені такими дослідниками як Н. Макіавеллі, Чезаре Беккарія, М. Вебер, Ш. Монтеск'є та багатьома нашими сучасниками, такими як І. Воронін, М. Мірошніченко, Р. Арон, Ж.-Л. Шабо, П. Кескамети<sup>1</sup>. Аналіз праць зазначених авторів, а також сучасні дослідження в галузі конституційного права, соціології, політології дозволяють визначити як одну з найактуальніших проблем - дослідження в галузі легітимності влади як гаранту поваги особи права, законів, порядку функціонування суспільства, визначеному законодавчо. А відповідно - забезпечення прав і свобод громадянина переважної більшості учасників суспільних процесів.

Поняття легітимності в сучасних суспільних науках виступає як один з найважливіших компонентів досліджень, присвячених різним аспектам системи соціальних відносин, до яких, безумовно, можна віднести поняття влади, господства, порядку, інституції, інтеграції та злагоди. Від розуміння змісту поняття "легітимність" залежить як теоретична картина соціальної реальності, так і характер практичних висновків і рекомендацій, які стосуються, передусім, умов можливого досягнення і підтримки злагоди та інтеграції в суспільстві поряд із впровадженням надійних механізмів реалізації прав і свобод громадян. Відповідно, дослідження даного поняття, а також факторів і умов, які б сприяли його закріпленню в суспільстві, має світоглядно-методологічне значення.

Поняття легітимності вперше наприкінці XIX ст. було проаналізовано німецьким теоретиком права Георгом Еллінеком, зокрема, в його фундаментальній праці "Загальне вчення про державу" і означало правомірність в природно-правовому значенні, тобто відповідність соціальної практики уявленням більшості її суб'єктів щодо її справедливості та розумності<sup>2</sup>. Як відомо, Г. Еллінек здійснив величезний вплив на творчість М. Вебера, який, в свою чергу, використав у своїх роботах ряд ідей і теоретичних підходів Г. Еллінека, подекуди переосмислюючи і змінюючи їх<sup>3</sup>. Не дивлячись на це, деякі дослідники й досі стверджують, що вперше термін "легітимність" введено Максом Вебером.

На сучасному етапі дослідження поняття легітимності, її визначають як політико-правове поняття, яке означає позитивне відношення населення країни, його більших груп, відповідність суспільної думки діючим інститутам державної влади. В політичному плані легітимність означає, що на даному етапі

<sup>1</sup> Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь. Около 50 000 слов. Изд. 2-е, переработ. и доп. - М.: Русский язык, 1976. - С. 456.

<sup>2</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве, - СПб.: Общественная польза, 1903. - 532 с.

<sup>3</sup> Высоцких А. Ю. Легитимность: анализ понятия // Грані: науково-теоретичний і громадсько-політичний альманах. - Дніпропетровськ, 2003. - №1(27). - С.230, 238.

діяльність державної влади (її окремих інститутів) має підтримку більшості населення країни<sup>1</sup>.

За яких же умов влада може вважати себе легітимною? Дане запитання не риторичне, оскільки без цього нелегко розраховувати на ефективність, дієвість будь-яких практичних кроків влади при реалізації своїх функцій. Відповідно до концепції англійського науковця Д. Бітема влада може вважати себе легітимною і бути впевнена в підтримці громадян, якщо вона відповідає трьом умовам:

- влада відповідає прийнятим або встановленим в суспільстві правилам;
- дані правила виправдані шляхом посилок на віру, яку розділяють як ті, хто править, так і ті, хто підкорюється (віра в даному випадку розуміється як впевненість громадян в тому, що влада законна і чесна, працює на благо суспільства, захищає права, свободи та законні інтереси громадян);
- має підтвердження (у вигляді дій) згоди підлеглих щодо існуючих в країні порядків<sup>2</sup>.

Відповідно, в прямій залежності постає також процес правотворчості і правозастосування. Традиційно закони лише тоді визнаються правом і добровільно виконуються, якщо вони видаються легітимною владою, яка в дійсності відображає те суспільство, в якому вона править. Досвід формування та функціонування багатьох держав свідчить про те, що ті з них, які виникали і розвивались з-за підтримки народу, завжди мали більше шансів на становлення та прогресивний розвиток, ніж ті, які позбавлені такої.

В суспільствах перехідного типу, особливо в пост тоталітарних, якою є Україна, часто за наявності легітимного режиму приймається сам факт відсутності соціального вибуху. Свідченням наявності легітимності також являється відсутність прямого державного насилля в досить широких масштабах. Проте, на думку Т. А. Алексеевої, це “псевдо легітимність, яка існує в результаті або апатії або звички населення уживатись з будь-якою існуючою владою, яка на індивідуальному рівні може сприйматись як досить не популярна”<sup>3</sup>. Все ж таке положення речей не має нічого спільного з демократизацією або легітимізацією і потенційно відкриває можливості для путчів і переворотів.

Український народ, як свідчить історія, своєї власної національної держави і державності, яка б функціонувала легітимно, захищаючи інтереси власного народу, до 1991 року не мав. В умовах поневолення суспільно-упорядковуючі функції здійснювалися державами за умов формування такої залежності, коли люди поступалися владним настановам переважно через страх або з розсудливості, а не з власної волі і не за власним переконанням. У цьому зв'язку і

<sup>1</sup> . Еллинек Г. – Цит. праця. – С. 111.

<sup>2</sup> Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь. Около 50 000 слов. Изд. 2-е, переработ. и доп. - М.: Русский язык, 1976. – С. 25.

<sup>3</sup> Алексеева Т. А. Личность и политика в переходной период: проблемы легитимности // Вопросы философии. - М., 1998. - № 7. – С.60.



державна влада, і держава як інституція для українців завжди асоціювалася і продовжує асоціюватися з насиллям. Відповідно, цілком природний для українського народу можна вважати прояв недовіри і ворожості до влади<sup>1</sup>.

Стикаючись з досить гострою і неоднозначною проблемою цінностей, ідеалів в перехідний період, коли старі цінності вже розсіпались, а нові лише зароджуються, свідомість розмита і уявлення часто потерпають від протирічч, стабільність суспільних відносин може забезпечити лише влада, якій народ довіряє. Під знаками постійної загрози, коли досить легко поринути до хаосу, легітимність влади має доленосне значення для реформ, які насьогодні є вкрай важливими не лише для позитивних змін, а й для існування України як держави.

Наведені роздуми дають підстави стверджувати, що не владне насильство держави, з багатьма порушеннями прав і свобод його громадян, а саме легітимність як добровільне визнання законів і їх виконання забезпечує стабільне функціонування суспільства вцілому і гарантує ті основи правопорядку, для утвердження якого не обов'язкові багаточисленні законодавчі акти. Найбільш доцільним і значним в даній частині є висновок П. Бурдьє: "Якщо в країні правлять легітимні органи, то у влади не виникає необхідності видавати накази і застосовувати насилля для того, щоб утвердити соціальний мир"<sup>2</sup>. І, навпаки, відсутність легітимності державної влади призводить до розпаду держави як інституції. Потім настає хаос. Відповідно суспільство деградує як система<sup>3</sup>.

Таким чином, перевагу легітимності науковці вбачають відповідно у вмінні забезпечити життя без конфліктів соціального організму як єдиного цілого, оскільки саме легітимність усуває прояви правового нігілізму, який займає панівне становище у свідомості українців та підриває фундаменти права.

**Ніна Нижник,**  
д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України,  
завідуюча відділом моніторингу законодавства  
Інституту законодавства Верховної Ради України  
spec\_rada@ukr.net

## **ЕФЕКТИВНІСТЬ СУЧАСНОЇ ДОКТРИНИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

**Р**озвиток суспільних відносин та одночасне їх реформування викликають, як давно помічено, збільшення об'ємів державного регулювання та зростання кількісно-якісних параметрів правового, та особливо, адміністративно-

<sup>1</sup> Тихомиров Ю. Государство на рубеже столетий // Гос. и право. - 1997. - №2. - С.25-26.

<sup>2</sup> Бурдьє П. Социология. - М., 1993, - С. 157.

<sup>3</sup> Василькова В. В. Порядок и хаос в развитии социальных систем. - С-Пб. - М., 1999. - С. 34.

правового регулювання. У зв'язку з цим, потрібні все нові та нові державно-управлінські і адміністративно-правові рішення. Отже, виникає питання про правове та адміністративно-правове забезпечення всього того, що відбувається в сучасному житті.

Адміністративно-правове забезпечення перебуває у прямій залежності від ступеня складності процесів, що відбуваються в суспільстві, та держави і її апарату. Тому мають бути визначені, існувати та діяти оптимальні рамки розвитку права, адміністративного, зокрема, на певний період і в певному суспільстві та державі. Якщо цих меж не встановити, з часом буде створюватися загроза переродження, знецінення, неефективності адміністративного права.

Саме наука, і в першу чергу, адміністративного права має встановлювати та обґрунтовувати межі зростання адміністративно-правового забезпечення, знаходити та вводити в дію необхідні засоби, щоб адміністративно-правовий розвиток не йшов шляхом кількісних змін, простого накопичення адміністративно-правових норм, законів.

Яскраво проявляються сьогодні протиріччя між реформами та їх правовим забезпеченням, особливо, адміністративно-правовим. Реформи сприяють появі нових інститутів, систем, структур, норм і цим спонукають до їх кількісного зростання. Водночас з'являється чимало адміністративно-правових норм, багато з яких не застосовуються або застосовуються дуже рідко.

Адміністративно-правова, як і в цілому правова “зверх” регламентація, так як і дефіцит права, приводить до результатів, що прямо протилежні завданням правового регулювання в суспільстві, приводить до волюнтаризму, суб'єктивізму та правовому нігілізму. В результаті знижується законність і правопорядок в суспільстві.

Активні правотворча та законотворча діяльність адміністративного права, як і будь-якої іншої галузі, є малорухомим явищем. На жаль, воно не здатне відповідати відразу на нові суспільні події, йти в ногу з життям держави і громадян, спрямовувати соціальні процеси. Потрібна сучасна наукова методологія адміністративного права. На жаль, у нас багато в праві робиться спонтанно, фрагментарно, вводяться адміністративно-правові норми, що визріли на ґрунті політичної кон'юнктури, без належної оцінки наслідків.

Сьогодні спостерігаємо різні підходи щодо теорій та методології адміністративного права, ігнорування вітчизняних позитивних результатів, які давала ця галузь Українській державі і державному апарату, зокрема, часто науковцями забувається часовий інтервал у розвитку адміністративного права.

Еволюційний процес у будь-якій науці може бути конструктивним, стимулюючим фактором, що прямо впливає на науку. А можливо і навпаки, коли існують різного роду заборони на розробку важливих теоретичних питань розвитку науки. Тут слід згадати проблеми “влади”, “державної влади” і т.д.

Враховуючи, що будь-яка стратегія права у своїй методологічній основі виходить із єдності історичного і логічного, правомірно зробити висновок: без

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

чіткого усвідомлення принципів, форм та методів адміністративного права, та взагалі об'єкта і предмету його меж (кордонів), сутності та протиріч, зв'язків, основних детермінантів неможливий розвиток адміністративного права України як демократичного, соціального прогресу, з закономірностями руху до міжнародних стандартів.

Основа основ будь-якої науки, та адміністративного права зокрема, це визначення об'єкта і предмета. Чекати, коли буде визначено з часом по-новому предмет науки адміністративного права, це помилка, що призведе до негативних наслідків на практиці. Потрібно враховувати зміни, що відбуваються в суспільстві і державі, як зовні, так і всередині. Адже сьогодні створена і функціонує нова Українська держава, змінені роль і сутність державного апарату й державного управління.

Нові економічні відносини вплинули на політичні, соціальні та державно-управлінські відносини, які обслуговує адміністративне право. Змінено завдання кадрового потенціалу суспільства, створено та функціонує інститут державної служби.

Головне завдання адміністративного права – забезпечити хід соціально-правових процесів в суспільстві та державі, конструктивне функціонування та розвиток державних та адміністративно-правових інститутів, системи публічної влади та управління, добитись автоматизму в їх діяльності, упереджувати та знімати протиріччя і конфлікти на їх шляху розвитку.

Прихильність до громадянського суспільства, демократії, реформування державно-владних відносин потрібно розглядати не абстрактно, а в єдності з механізмами їх втілення в життя через адміністративне право. Ці механізми набудуть реальності, якщо спиратимуться на зміцнення адміністративного порядку.

Важливим механізмом дії системи адміністративного права є врахування поряд з перевагами його моделі, і слабкостей, зокрема, розуміння адміністративного права та адміністративного законодавства як раціональної, конструктивної цілеспрямованої субстанції. Недооцінка цього положення призвела до того, що спроби в адміністративних та інших реформах моделювати зміст, структуру адміністративно-правового регулювання не стали дієвими.

У період невизначеності спостерігається дроблення, необгрунтоване “розривання” науки адміністративного права. В результаті відокремлено від науки адміністративного права важливу складову – державне управління і державну службу. Часто, ототожнюючи категорії “об'єкт” і “предмет” адміністративного права, що прямо впливає на чіткість меж останнього, безпідставно виділяють медичне, транспортне, інформаційне та інші галузі права.

Сутність і зміст предмета адміністративного права не можуть бути незмінними, адже світ змінюється, тож змінюються науки і відносини у взаємозв'язках суб'єктів та предмета адміністративного права, їх взаємодія із зовнішнім середовищем. Але без теоретичного та практичного обгрунтування виділення

нових самостійних галузей права – це ще не переосмислення та наповнення новим змістом адміністративного права. У той же час, коли вчені говорять про ефективність адміністративного права, з самою ефективністю не все гаразд. До цього часу наука адміністративного права не відповіла на питання, на що здатна ця галузь, де межа управління і регулювання, у чому сила та слабкість адміністративного права? Тобто, авторитет адміністративного права може бути досягнуто, в основному, засобами цієї ж науки.

**Денис Новіков,**

к.ю.н., старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін,  
господарського та трудового права

Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди  
dennovikow@mail.ru

### **ШТРАФ ЯК ВИД ДИСЦИПЛІНАРНОГО СТЯГНЕННЯ – ЧЕРГОВИЙ ПРОЯВ ПОШИРЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ “ГНУЧКОСТІ” (ДЕРЕГУЛЮВАННЯ) У ТРУДОВОМУ ПРАВІ**

Прихильниками теорії штрафів у трудовому праві необхідність їх офіційного закріплення у майбутньому Трудовому кодексі як виду дисциплінарного стягнення обґрунтовується тим, що штрафи справляють більш вражаючий вплив і одразу дають відчутти втрати майнового характеру, що відображається на більшій вмотивованості працівника дотримуватись встановлених роботодавцем правил<sup>1</sup>, а також здійснюють виховний вплив до порушника, який превалює над метою відшкодування майнової шкоди<sup>2</sup>. Таке розуміння мети штрафів у деякій мірі відповідає відомому висновку В.І. Леніна, що “призначення штрафів – не винагороджувати за збиток, а створити дисципліну, тобто підпорядкування робочих господареві, змусити робочих виконувати хазяйські накази, слухатися його під час роботи”<sup>3</sup>. Однак, якщо прослідити подальшу думку В.І. Леніна, то описана ним ситуація виникла “разом з великими фабриками і заводами, разом з великим капіталізмом, разом з повним розколом між багатіями-господарями і босяками-робітниками, штрафи виявилися результатом повного розвитку капіталізму і повного поневолення робочого”<sup>4</sup>. А вже у 1924 році К.М. Варшав-

<sup>1</sup> Мельничук Н.О. Пропозиції щодо правового врегулювання застосування штрафів до працівників / Н.О. Мельничук // Часопис Київського університету права: український науково-теоретичний часопис / Київський ун-т права НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – Київ, 2012. – № 4. – С. 180.

<sup>2</sup> Панасюк О.Т. Правове регулювання застосування штрафів до працівників / О.Т. Панасюк // Право України. – 2006. – № 8. – С. 47.

<sup>3</sup> Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Издание 5-е. Том 2. Объяснение закона о штрафах, взимаемых с рабочих на фабриках и заводах. – Москва: Государственное издательство политической литературы, 1958. – С. 21.

<sup>4</sup> Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Издание 5-е. Том 2. Объяснение закона о

ський писав, що система штрафів “породжує свавілля і деморалізує наймача; відносно трудящого вона не має того дисциплінуючого значення, яке їй приписується – недбайливого робітника штраф не виправляє, а доброго здатний тільки озлобити”<sup>1</sup>. У цьому сенсі підвищення “вмотивованості працівника дотримуватись встановлених роботодавцем правил” за рахунок застосування штрафів не відповідає самій суті категорії мотивації, яка полягає у забезпеченні максимальної віддачі персоналу підприємства через розуміння та можливе задоволення керівництвом їх потреб, мотивів, інтересів, звичок<sup>2</sup>. Як влучно писав середньовічний схоласт Тома Аквінський: “Благо не завжди є істинним благом, але іноді – істинним, а іноді – гаданим. І згідно цьому з мети слідує погана дія. Хоча мета і є зовнішньою причиною, дії притаманна належна пропорція і ставлення до мети”<sup>3</sup>. Застосування штрафів для підтримання дисципліни праці жодним чином не спонукає працівників до добросовісної праці, а зовсім навпаки заганяє усі невирішені на підприємстві проблеми під прес остраху.

Таким чином, що було реаліями ХІХ ст., категорично осуджувалось на початку ХХ ст. та критикувалось мудрецьями різних епох не може визнаватись справедливим та нормальним у ХХІ ст., коли Конституцією України проголошено, що людина є найвищою соціальною цінністю. Тому штрафи на сьогоднішній день можуть трактуватись лише у якості антигуманної кари та примусу, що у трудових відносинах мало б свідчити, що у відносинах працівник-роботодавець має бути елемент повинності, який давав би роботодавцю право вимагати від працівника чогось незалежно від його волі.

Враховуючи вищевикладене, слід зосередити увагу не просто на невідповідності теорії штрафів загальним засадам трудового права, що є очевидним, а скоріш на її відповідності сучасним тенденціям так званої “гнучкості” у трудовому праві.

Як пише відомий британській соціолог Зігмунт Бауман, “гаслом дня стала “гнучкість”, що стосовно ринку праці означає кінець трудової діяльності у відомому і звичному для нас вигляді, перехід до роботи за короткостроковими, миттєвими контрактами або взагалі без таких, до роботи без всяких обговорених гарантій, але тільки до “чергового повідомлення”<sup>4</sup>. Чи як вказує американський економіст Джозеф Стігліц: “посилення гнучкості ринку праці означає зниження ступеня захисту робочого місця, заробітної плати та доходу найманих

---

штрафах, взимаемых с рабочих на фабриках и заводах. – Москва: Государственное издательство политической литературы, 1958. – С. 59.

<sup>1</sup> Варшавский К.М. Трудовое право СССР / К.М. Варшавский. – Л.: Академия, 1924. – С. 120.

<sup>2</sup> Заботін О.М. Менеджмент: навчальний посібник / Заботін, І.В. Сіренко. – Миколаїв: НУК, 2007. – С. 33.

<sup>3</sup> Аквинский Фома. Сумма теологии / пер. с лат. А. В. Апполонов. – М.: Сигнум Веритатис, 2008. – С. 214.

<sup>4</sup> Бауман Зигмунт. Индивидуализированное общество / Пер. с англ. под ред. В.Л. Иноземцева. – М.: Логос, 2005. – С. 36.

працівників”<sup>1</sup>. Іспанській філософ Мануель Кастельс, у свою чергу, виражає більш глибоку думку, що “гнучкість може бути звільняючою силою, але може нести і репресивну тенденцію, якщо ті, хто переписує правила, завжди при владі”<sup>2</sup>.

Таким чином, яким би не був красивий евфемізм “гнучкість”, він виражає єдиний можливий варіант розвитку подій – посилення дерегулювання трудових відносин. Введення штрафу як дисциплінарного стягнення є лише одним з елементів цього явища, яке характеризується послабленням соціального захисту працівників. Як підмітив У. Бек: “Норми охорони праці при децентралізованих формах праці не піддаються контролю громадськості, і витрати за їх порушення або дотримання лягають на плечі самих трудящих”<sup>3</sup>. Лише негайна активізація соціального діалогу між державою, представниками працівників та роботодавцями зможуть послабити наростаючий вплив тенденції дерегулювання у трудовому праві, відновити баланс інтересів трудових правовідносин та припинити розмови про можливість введення штрафу в якості дисциплінарного стягнення.

Ганна Огнев'юк,

к.ю.н., доцент, заступник зав. кафедри цивільного та трудового права  
Київського університету права НАН України  
any.o@mail.ru

## ЕЛЕМЕНТНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

**П**ринцип верховенства права сьогодні привертає увагу багатьох правознавців, як теоретиків права, так і галузевих дослідників. Різноманітність наукових думок з приводу його визначення вражає, спроби знайти єдине комплексне чітке і зрозуміле визначення не полишають як вітчизняні так і іноземні науковці. А оскільки верховенство права є конституційним принципом у багатьох державах, в т.ч. і в Україні, це визначення повинно бути в однаковій мірі застосоване до будь-яких галузевих правовідносин, незважаючи навіть на те, що всі вони ґрунтуються на різних правових принципах, що часто є взаємовиключними.

Сьогодні ми можемо стверджувати, що в Україні наявні офіційні погляди на тлумачення верховенства права, зроблені Конституційним судом України. На

---

<sup>1</sup> Стиглиц Джозеф Юджин. Ревущие девяностые. Семена развала / Пер. с англ. и примеч. Г.Г. Пирогова. Вступит. статьи Г.Ю. Семигина и Д.С. Львова. – М.: Современная экономика и право, 2005. – С. 392.

<sup>2</sup> Кастельс Мануэль. Галактика Интернет: Размышления об Интернете, бизнесе и обществе / Пер. с англ. А. Матвеева под ред. В. Харитоновна. – Екатеринбург: У-Фактория (при участии изд-ва Гуманитарного ун-та), 2004. – С. 292.

<sup>3</sup> Бек У. Общество риска. На пути к другому модерну / Пер. с нем. В. Седельника и Н. Федоровой; Послесл. А. Филиппова. – М.: Прогресс-Традиция, 2000. – С. 228.

міжнародному рівні погляди на верховенство права узагальнені Венеціанською комісією. Наявні також багатомні праці вчених присвячені дослідженню цього явища, однак це не припиняє наукові дискусії навколо верховенства права. Останнім часом спостерігається тенденція сформулювати визначення верховенства права як загальнотеоретичної категорії на підставі проведеного дослідження в межах певної галузі права. З одного боку це є позитивним, оскільки можна прослідкувати втілення верховенства права у правовідносинах, що підпадають під правове регулювання норм різних галузей права. Відтак поширеним стає використання категорії “верховенство права” в контексті розгляду різних правових явищ, на яких зосереджує свою увагу дослідник.<sup>1</sup>

Однак така тенденція має і негативні наслідки, оскільки “верховенство права” в межах окремих галузевих досліджень, розглядається через призму галузевих принципів, юридичної відповідальності, прав та обов’язків особи, механізму державного регулювання властивих саме цій галузі. Такий підхід виводить дослідників на висновок про те, що запропоноване ними визначення “верховенства права” в межах одного галузевого дослідження буде мати узагальнюючий характер і застосовуватись і в межах іншої галузі права. Такий висновок не є вірним, відтак пошук узагальненого визначення верховенства права навіть у звіті Венеціанської комісії визнаний невдалим підходом.

Поширення принципу верховенства права на всі сфери, які підпадають під праворегулювання та індивідуальність кожного випадку його застосування робить цей принцип надзвичайно поширеним і одночасно містить небезпеку спотворення та розмивання змісту цього поняття, що міститься і в наукових дослідженнях в тому числі. Саме тому, визначення верховенства права через систему його складових вимог видається виправданим, оскільки верховенство права є універсальним принципом. Така універсальність в кожному випадку трансформується у індивідуально визначені відносини або знаходить своє застосування у них. Тому з позицій галузевої приналежності науковці доходять інколи надто вузького висновку про обмеження принципу верховенства права лише однією вимогою або про переважне значення одних вимог над іншими. Наприклад, досліджуючи принцип верховенства права у цивільних процесуальних відносинах “Європейський суд з прав людини у своїй прецедентній практиці зазначає, що елементарні процесуальні гарантії у п. 1 ст. 6 Європейської конвенції з прав людини у сукупності з доступом до суддів становлять сутність верховенства права. В такому контексті можна говорити про те, що право на суд у цивільному судочинстві стало певним еквівалентом, транспозицією основоположного принципу верховенства права в цивільному судочинстві”<sup>2</sup>. Хоч в

<sup>1</sup> Грачева С.А. Доктрина верховенства права и судебные правовые позиции // Журнал российского права. - № 4, 2014. с. 33-45.- С. 34.

<sup>2</sup> Т.А. Цувіна “Право на суд у цивільному судочинстві у світлі вимог основоположного принципу верховенства права” // “Правова доктрина – основа формування правової системи держави” Матеріали міжнародної науково-практичної конференції Харків 20-

межах цивільного процесу така позиція є виправданою, однак вона видається надто вузькою, якщо поглянути на цей принцип з загальнотеоретичного вчення про верховенство права. Застосовування однієї з його вимог ще не означає, що цього достатньо для утвердження цього принципу в межах держави.

Український термін “верховенство права” вважається перекладом з англійської “rule of law”, що є назвою відповідної концепції. Хоча у англomовному варіанті це словосполучення складається з дієслова “rule”, що означає серед іншого керувати, регулювати та “law”, що означає право. Незважаючи на те, що ми не маємо на меті визначити юридичне поняття через встановлення семантичного змісту поодиноких слів, тим не менш наявність у словосполученні слова “регулювати” означає, що досліджуване нами поняття характеризує вплив права, регулюючи функцію права у сучасних суспільних відносинах. Тобто крім загальноприйнятого у вітчизняній науці перекладу цього поняття як “верховенство права” ми можемо говорити про те, що це словосполучення може бути перекладене і як регулювання права, якщо перекладати дослівно. У такому випадку підкреслюється роль цього принципу, що полягає не просто у його визнанні, а і у практичному втіленні у правовідносинах як регулятивних, так і охоронних. Тим більш важливо зрозуміти, що саме являє собою цей принцип. На противагу спробам надати узагальнене визначення цього поняття існує підхід встановлення змісту принципу верховенства права через розкриття його складових-елементів. Прихильники такого підходу вважають, що принцип верховенства права є ідеалом, який є недосяжним, особливо у правозастосовній діяльності, і вважають “безперспективною будь-яку спробу дати якесь універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя”<sup>1</sup>. Таким чином відклавши спроби формулювання певного визначення, Венеціанська комісія запропонувала елементний підхід. Узагальнення вимог верховенства права було оголошено у Доповіді Венеціанської комісії “Про верховенство права”, яка містить інтегративний підхід до складових цього поняття. Серед них – законність, в тому числі і при винесенні судових рішень, правова визначеність, рівність усіх перед законом, законодавче закріплення прав і свобод людини та їх дотримання, підпорядкованість влади закору, доступ до правосуддя, що буде незалежним та неупередженим<sup>2</sup>. Такий елементний підхід створює можливість для розуміння “верховенства права” з одного боку, а з іншого не протиставляє такі важливі складові верховенства права одна одній. Саме такий підхід надає верховенству права рис універсальності з одного боку, а з іншого дозволяє досить чітко ідентифікувати випадки його порушення. Ін-

21.11.2013р. “Право”, 2013, 1029 с. - С. 1000.

<sup>1</sup> М.Козюбра Верховенство права і Україна // Право України № 1-2, 2012, с.30-63.- С.31.

<sup>2</sup> Report on the Rule of Law (Adopted by Venice Commission at its 86 plenary session, Venice 25-26 of March, 2011). Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)



шими словами розгляд верховенства права через систему складових-елементів дозволяє в кожному конкретному випадку дати відповідь на питання чи дотримуються у цих правовідносинах вимоги верховенства права чи ні.

Як бути з тим, що в світі не існує держави, де б забезпечення елементів верховенства права здійснювалося б без будь-яких порушень? Разом з тим, верховенство права закріплене у конституціях майже усіх розвинених держав. У відповіді на питання чи є дієвим у таких країнах верховенство права ми повинні виходити з того, що будь-які правовідносини, що динамічно розвиваються несуть у собі ризик їх порушення. Як правило, протиправна поведінка має наслідком притягнення особи до відповідальності, відновлення порушеного стану та забезпечення подальшого розвитку правовідносин у відповідності до встановлених правових норм. Ось чому питання юридичної відповідальності та верховенства права є тісно пов'язаними. Одне слугує механізмом відновлення і забезпечення іншого. Повертаючись до поставленого питання можемо дійти висновку про те, що забезпечення в тій чи іншій державі верховенства права прямо пов'язується з можливістю швидко ефективно, законними методами відновити порушений стан, що забезпечується механізмом юридичної відповідальності. Ті країни, в яких відновлення порушеної складової верховенства права є можливим за допомогою правових засобів можуть вважатися такими, в яких верховенство права не тільки визнається, а і забезпечується.

Питання про виокремлення вимог (елементів) поняття верховенства права є також досить багатоваріантним, тому доцільним буде звернення до звіту Венеціанської комісії, що втілює основні підходи до тлумачення цього поняття та пропонує його узагальнене розуміння, хоча питання про перелік та формулювання таких вимог є відкритим для обговорення.

**Ігор Онищук,**

к.ю.н., в.о. доцента кафедри теорії та історії держави і права  
Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького  
revival.if.ua@gmail.com

## **КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ ТЕХНІКИ ЮРИДИЧНОГО ПИСЬМА**

**П**оняття “юридичне письмо” ще не набуло широкого застосування в українській правовій літературі в той час, як широко використовується в зарубіжних працях. Термін “юридичне письмо” широковживаний у правовій доктрині ЄС, США, Великобританії, Австралії, Нової Зеландії<sup>1</sup>. На сучасному етапі розвитку українська правова наука послуговується термінами “правове письмо” і “мова права”. Останній охоплює зміст “юридичного письма”. Російські на-

---

<sup>1</sup> Legal writing [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://en.wikipedia.org/wiki/Legal\\_writing#Legal\\_drafting](http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_writing#Legal_drafting).

уковці вже протягом останнього десятиліття активно вживають термін “юридическое письмо” як у загальнотеоретичному, так і в галузевому аспектах.

У теоретико-правовому напрямку наукові дослідження юридичного письма провели такі українські вчені, як В. Ватрас, С. Гусаров, Г. Проценко, О. Прохоренко, Д. Монастирський, В. Рогожа, Р. Стефанчук, Л. Шестопалова.

Факт широкою включеності терміна “юридичне письмо” у міжнародний науковий обіг дає підстави вважати, що вказана проблема є актуальною, а поняття “юридичне письмо” має високу евристичну цінність для правознавства.

В першу чергу і головним чином, функція техніки юридичного письма виявляється в такому вигляді юридичної практики, як правотворчість. У результаті вдосконалення техніки юридичного письма масив позитивного права втрачає стихійний характер і стає вираженням певної заздалегідь осмисленої структури, підпорядкованої логіці внутрішньої будови. Юридичний текст – письмовий носій юридичної інформації та одна з найважливіших життєвих форм виразу права. Незважаючи на наявні суперечності в поглядах вчених-лінгвістів та юристів, більшість погоджується в тому, що будь-який текст має лексичну (мовну), логічну і граматичну основи, організовані певним чином письмово з метою передачі інформації. Тому немає сумніву, що юридичні тексти, незалежно від їх функціонального призначення і прагматичної ролі, мають такі ж основи.

У теоретичній літературі існує традиція розгляду юридичного письма в контексті питань юридичної техніки. Протягом останніх років поширюються також інші підходи. В низці зарубіжних наукових праць (Б. Гарнер, М. Фельзенбург, Л. Грагам, Н. Краснослободцева, Й. Райдот, Б. Раппапорт, Р. Стівенсон, У. Странк, Е. Уайт, Д. Шварц, Є. Шугріна, О. Хазова) юридичне письмо виступає як самостійний і навіть основний предмет дослідження. Системно та всебічно досліджуючи проблематику юридичного письма, вчені констатують, що акти “писаного права” є відправною точкою юридичного мислення у всіх країнах романо-германської правової сім’ї. До таких актів сьогодні належать закони, декрети і кодекси, тоді як у минулому – тексти римського права та інші офіційні чи приватні компіляції.

На сучасному етапі розвитку суспільства термін “письмо” (англ. writing)<sup>1</sup> багатозначне. “Writing” – це одна з наявних у деяких мовах (таких як, англійська, французька, латинська тощо) безособових форм дієслова (віддієслівний іменник), герундій. В українській мові герундій відсутній, а в англійській мові поєднує властивості дієслова та іменника. Тому в українській мові можна знайти два способи його перекладу: а) іменником: *письмо, написання*; б) дієсловом, найчастіше невизначеною формою (інфінітивом) – *писати*.

По-перше, письмо – це процес дії написання, уміння писати, зображувати

<sup>1</sup> The Newbury House Dictionary of American English : Heinle & Heinle / International Thomson Publishing, 1996. – P. 996.

графічні знаки; зовнішній вигляд написаного; стиль і манера написання<sup>1</sup>. По-друге, письмо – система зорових або дотикових знаків, яка служить засобом фіксації мови. По-третє, письмо, це папір з написаним на ньому текстом, а також сам такий текст. По-четверте, це також прийом створення літературно-художніх творів. У юриспруденції термін “письмо” переважно застосовується в значеннях “написаний текст” та “офіційний документ”<sup>2</sup>.

Письмо – це особлива графічна форма мови, писемне мислення. Як відомо, мовлення – це мова в дії. Мова супроводжує процес урегулювання суспільних відносин. Мова і право – невід’ємні складові культури і цивілізації<sup>3</sup>. Письмо не-мов зупиняє мовленнєвий потік, дає можливість “слухати, чути” (тобто читати) сказане (тобто написане) в будь-який час. На цій основі письмо розглядається як графічна фіксація мовлення, тексту мовлення. Написання – процес такої фіксації, а письмовий текст – її результат. Письмо можна порівнювати з мовою. Мова – це система засобів спілкування та правил їх вживання, а письмо є системою письмових засобів та правил їх використання<sup>4</sup>.

Виходячи з багатозначності терміна “письмо”, розуміємо, що кожне з наведених значень має безпосереднє відношення до юридичного письма.

Визначення “юридичний”, яке подає тлумачний словник з теорії права за редакцією І. Іваннікова, пояснює термін як категорію, яка відображає: врегулювання суспільних відносин установленнями-веліннями, що походять від держави і мають офіційний процедурно-процесуальний характер їх реалізації (застосування); зв’язок дії та вчинку, що відображається в офіційних правових актах-документах державної влади<sup>5</sup>. Отже, категорія “юридичний” надає документу правового змісту – тобто має відношення до правових норм.

Аналіз досліджень (Н. Краснослободцевої, О. Хазової та Є. Шугріної), у яких використовується термін “юридичне письмо” показує, що під юридичним письмом розуміється будь-який текст, який підготовлений юристом і має юридичний зміст: діловий лист, меморандум або юридичний висновок, проект договору чи проект закону, процесуальний документ та ін.<sup>6</sup>

На відміну від російських, українські дослідники В. Ватрас, Д. Монастирський, В. Рогожа, Р. Стефанчук подають більш широке тлумачення тотожного за значенням до “юридичного письма” терміна “правове письмо” (з англ. “legal

<sup>1</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / упоряд. В. Т. Бусел. – К. : Перун. – 2005. – С. 759.

<sup>2</sup> Хазова О. Искусство юридического письма / О. Хазова. – М. : Юрайт, 2011. – С. 21.

<sup>3</sup> Бобрешов Е. Г. Язык как фактор влияния на формирование права / Е. Г. Бобрешов, Е. В. Яковенко // Право і лінгвістика : [матер. міжнар. наук.-практ. конф.] : у 2 ч. – Сімферополь : Доля, 2003. – С. 93.

<sup>4</sup> Климентенко А. Д. Теоретические основы методики обучения иностранным языкам в средней школе / А. Д. Климентенко. – М. : Высш. шк., 1981. – С. 285.

<sup>5</sup> Иванников И. А. Толковый словарь по теории права / И. А. Иванников. – Изд. 2. – Ростов н/Д. : Фенікс, 2006. – С. 115.

<sup>6</sup> Хазова О. Искусство юридического письма / О. Хазова. – М. : Юрайт, 2011. – С. 21.

writing”) як сукупності правил, прийомів, способів створення й систематизації юридичних документів. Завдяки правовому письму відбувається формалізація правового аналізу та внутрішнього наповнення права. Основною формою юридичного письма виступає юридичний документ<sup>1</sup>.

М. Фельзенбург та Л. Грагам визначають юридичне письмо як вид техніки написання, який використовується адвокатами, суддями, законодавцями для письмового вираження змісту та оформлення юридичних документів, вираження правового аналізу юридичних прав і обов’язків<sup>2</sup>.

У випадках, коли мова йде про текст, який має юридичний зміст, слова “документ” і “юридичне письмо” використовуються як тотожні<sup>3</sup>.

Оскільки поняття юридичного письма входить до змісту мови права, то доцільно було б розглянути поняття юридичної лінгвістики, предметом вивчення якої є юридичний аспект мови. Як зауважив Е. Бобрешов, мова супроводжує процес урегулювання суспільних відносин у всіх елементах та на всіх етапах<sup>4</sup>.

Щоб простежити зв’язок між поняттями “техніка” і “юридичний”, слід звернутися до філософського розуміння “техніки”. Значення техніки побудоване на основі змісту давньогрецького слова “τεχνη”, що означає “майстерність”, “техніка”, “мистецтво”. Це значення, по суті, було покладено в основу традиції, що йде від античної філософії, де поняття техніки розкривалося через дію, побудовану на знаннях та вміннях, і протиставлялося природі (від гр. “φύσις” – природа)<sup>5</sup>. Так, з точки зору німецького філософа Карла Ясперса, “техніка” – це сукупність дій людини, спрямованих на панування над природою, мета яких – надати життю людини такий вигляд, який би дозволив їй зняти з себе тягар потреби і знайти потрібну їй форму навколишнього середовища<sup>6</sup>.

Техніка юридичного письма – складова юридичних технологій, що виступає системою професійних юридичних правил, засобів, прийомів і методів, які використовуються для забезпечення конструктивності письмової побудови та досконалості нормативно-правових актів.

<sup>1</sup> Правове письмо : [навчальний посібник] / В. А. Ватрас, Д. А. Монастирський, В. Г. Рогожа та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – С. 4.

<sup>2</sup> Felsenburg M. E., Graham L. P. Beginning Legal Writers in Their Own Words: Why the First Weeks of Legal Writing Are So Tough and What We Can Do About It / M. E. Felsenburg, L. P. Graham // The Journal of the Legal Writing Institute. – 2010. – Vol. 16. – P. 223–311 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.law2.byu.edu/law\\_library/jlwi/archives/2010\\_1.htm](http://www.law2.byu.edu/law_library/jlwi/archives/2010_1.htm).

<sup>3</sup> Хазова О. Искусство юридического письма / О. Хазова. – М. : Юрайт, 2011. – С. 22.

<sup>4</sup> Бобрешов Е. Г. Язык как фактор влияния на формирование права / Е. Г. Бобрешов, Е. В. Яковенко // Право і лінгвістика : [матер. міжнар. наук.-практ. конф.] : у 2 ч. – Сімферополь : Доля, 2003. – С. 93.

<sup>5</sup> Пономарев Д. Е. Генезис и сущность юридической конструкции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Дмитрий Евгеньевич Пономарев. – Екатеринбург, 2005. – С. 132.

<sup>6</sup> Ясперс К. Истоки истории и ее цель / К. Ясперс // Ясперс К. Смысл и назначение истории. – М. : Республика, 1994. – С. 115–117.

Отже, згідно з нашим визначенням юридичне письмо – форма юридичного мислення, майстерність написання, система письмових засобів та правил їх використання, засіб фіксації юридичної мови, який за допомогою графічних елементів передає мовленнєву інформацію у вигляді “написаного тексту” та “офіційного документа” на відстань і закріплює її в часі.

**Олег Орловський,**  
к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільного права  
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича  
oleg\_orlovsky@mail.ru

## **ПРАВО НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ ЯК КАТЕГОРІЯ ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНОГО ПРАВА**

**Р**озуміння сутності та змісту права на соціальний захист обумовлювалось, насамперед, специфікою конкретного історичного періоду. У сфері наукового співтовариства вчених-правознавців до нинішнього часу продовжує панувати легістське (державне) праворозуміння<sup>1</sup>. У своїй сутності воно зводиться, як відомо, до ототожнення права з юридичними нормами фізичної поведінки, встановленими або санкціонованими державою в інтересах насамперед домінуючої частини соціально неоднорідного суспільства і забезпечується цією ж державою організаційно, ідеологічно та, у випадку необхідності, примусово. Іншими словами, на їх думку, це право держави, тобто право сильного, а ще точніше, право сили<sup>2</sup>. Радянське право соціального забезпечення сформувалося винятково як публічна галузь права, отже, і реалізація права на соціальний захист належала виключно до сфера державної системи розподілу. Так, В.Ш. Шайхатдінов вважав, що соціальний захист і соціальне забезпечення є системою суспільних відносин, які утворюються при задоволенні з централізованих суспільних фондів споживання, створюваних державою за рахунок суспільства, життєвих потреб громадян через індивідуальну форму розподілу замість оплати праці, натомість неї або в додаток до неї у випадках, встановлених державою, з урахуванням індивідуального трудового внеску громадян та соціального фактору або безеквівалентно<sup>3</sup>. Р.І. Іванова досліджувала право на соціальний захист у контексті історичного періоду і ввела нову категорію “соціально-історичний тип соціального забезпечення”<sup>4</sup>. Таким чином, радянські вчені вивчали право на соціальний захист у прив’язці його до сфери державних розподільчих від-

<sup>1</sup> Гаврилюк Р.А. Методологическая традиция доктрины естественного права : монография / Руслана Гаврилюк. – Черновцы : Черновицкий нац. ун-т, 2012. – С. 740.

<sup>2</sup> Там само. – С. 740.

<sup>3</sup> В.Ш. Шайхатдінов. Теоретические проблемы советского права социального обеспечения. – Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1986. – С. 58.

<sup>4</sup> Иванова Р.И. Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1989. – С. 22- 23.

носин. Вважаємо, що сутність права на соціальний захист є ширшою і в його основі лежить загальносоціальна природа.

Право на соціальний захист розвивалось по мірі розвитку суспільства, закріплення соціальних цінностей в якості невід'ємних та природних. Як зазначають М.В. Лушнікова та А.М. Лушніков, у XX-му столітті розвиток права на соціальний захист йшов у руслі двох основних напрямів, векторів розвитку. По-перше, до середини XX-го століття в країнах Заходу зростала роль держави у забезпеченні кожного на соціальний захист, підвищувався рівень юридичних гарантій. По-друге, з другої половини XX-го століття роль держави у регулюванні права на соціальний захист отримала нове наповнення, нове “забарвлення”, тобто держава виступила в ролі соціального партнера<sup>1</sup>. Абсолютно справедливою видається їх думка про те, що “на розвиток права на соціальний захист” на рубежі тисячоліть вирішальний вплив здійснюють два загальнопланетарних процеси: технічна революція у поєднанні з пришвидшеною соціальною еволюцією, результатом взаємодії яких стали формування постіндустріального суспільства і нерозривно пов'язаний з ними процес глобалізації<sup>2</sup>. Втілити та реалізувати соціальні цінності можна лише в умовах побудови соціальної держави, де соціальні права повинні визнаватися пріоритетом в системі прав людини і громадянина. Як вірно зазначає М.І. Боднарук, природні права, які відображають загальнолюдські цінності, в тому числі право на соціальне забезпечення, формують фундамент для формування людини як особистості<sup>3</sup>.

Н.Б. Болотіна пропонує визнати право на соціальний захист як суб'єктине, а в основу такого визнання покласти нормативістську концепцію<sup>4</sup>. Право на соціальний захист автор розуміє як передбачені законодавством, гарантовані державою певні можливості людини отримати від держави, а також інших суб'єктів, які діють за уповноваженням або дозволом держави, на умовах і в порядку, передбаченому законодавством, а також договором, матеріальне забезпечення, матеріальну підтримку та соціальні послуги у разі настання соціальних ризиків<sup>5</sup>. Переконані, що державне праворозуміння не спроможне повною мірою розкрити природу права на соціальний захист. З огляду на це доцільним видається звернутись до природно-правової доктрини пізнання права загалом, і права на соціальний захист зокрема.

Найбільш ґрунтовно сутність природного, або, як вірно підкреслює

<sup>1</sup> Лушнікова М.В., Лушніков А.М. Курс права соціального забезпечення. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2008. – С. 579.

<sup>2</sup> Там само. – С. 579.

<sup>3</sup> Боднарук М.І. Право на соціальне забезпечення – природне і невід'ємне право людини / Боднарук М.І. // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць, Вип.82: Правознавство. – Чернівці: ЧДУ, 2000. – С. 66.

<sup>4</sup> Болотіна Н.Б. Право соціального захисту: становлення і розвиток в Україні. – К.: Знання, 2005. – С. 110.

<sup>5</sup> Там само. – С. 112.

Р.О.Гаврилюк “антропосоціального права”<sup>1</sup>, розкриває П.М. Рабінович. На думку видатного науковця природне право – це певні можливості учасників суспільного життя, які необхідні для задоволення їх біологічних та соціально детермінованих – при певних історичних умовах – потреб, що об’єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку суспільства, і які забезпечені кожному із всіх суб’єктів одного і того ж виду відповідними обов’язками інших суб’єктів та збалансованих з потребами останніх, а також обумовлені такими можливостями принципи і соціальні норми<sup>2</sup>. Абсолютно точно і вдало автор визначає правову природу таких норм: “..саме соціальні можливості (свободи) і обов’язки суб’єктів, відображені у відповідних принципах та нормах, складають онтичну сутність загальносоціального права. Вони є суб’єктивними загальносоціальними правами і обов’язками”<sup>3</sup>. Вважаємо, що право на соціальний захист є категорією загально соціального природного права, в основі якого лежить антропологічна природа. В якості суб’єктивного права - це правомочність людини вимагати від органів державної влади (у передбачених законодавством випадках і від органів місцевого самоврядування) при настанні соціальних ризиків конкретного виду соціального забезпечення, соціальних послуг, які передбачені законодавством чи договором. Одночасно право на соціальний захист виступає як право людини на отримання певного виду соціального забезпечення чи послуги в розмірі, що які забезпечують гідне людини існування. Іншими словами, право на соціальний захист є правом вимоги на соціальний мінімум гідного людини існування.

Категорія “право на соціальний захист” органічно та нерозривно пов’язана із самим поняттям соціального захисту. Н.М. Стаховська справедливо наголошує, що існує проблема довільного використання нового поняття “соціальний захист” як правової категорії у численних нормативно-правових актах та наукових працях без належного його визначення і обґрунтування як на офіційному законодавчому, так і на науково-теоретичному рівнях<sup>4</sup>. Сучасне розуміння соціального захисту включає в себе і одну з основних функцій держави, і вказівку на окрему категорію громадян (соціально незахищені), і суб’єктивне право громадян, а також систему відповідних державних гарантій. Є.Є Мачульська трактує соціальний захист у широкому та вузькому розуміннях. Під соціальним захистом у широкому розумінні автор розуміє різнопланову діяльність держави, спрямовану на забезпечення процесу формування і розвитку повноцінної особистості, виявлення та нейтралізацію негативних факторів, що

<sup>1</sup> Гаврилюк Р.А. Цит. праця. – С. 746.

<sup>2</sup> Рабінович П. Праворозуміння : сутність, причини і неминучість плюралізму, сучасний європейський вимір // Право України. – 2011. - № 1. – С.15.

<sup>3</sup> Рабінович П. Цит праця. – С. 15.

<sup>4</sup> Стаховська Н. М. Відносини в праві соціального забезпечення: автореф. дис... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 “Трудове право; право соціального забезпечення” / Н. М. Стаховська; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2000. – С. 10.

впливають на особу (а саме: безробіття, несприятливого стану навколишнього природного середовища, погіршення житлових умов, рівня життя населення, інші), створення умов для її самовизначення і ствердження в житті (зокрема, державна підтримка, охорона та захист приватної власності, підприємництва, підвищення соціальних гарантій у сфері охорони праці, тривалості робочого часу і часу відпочинку, державна підтримка інституту шлюбу та сім'ї). У вузькому розумінні соціальний захист розглядають, на думку автора, як сукупність економічних і правових гарантій, що забезпечують дотримання найважливіших соціальних прав громадян і досягнення соціально-прийняттого рівня життя<sup>1</sup>. Вважаємо, що як широке, так і вузьке розуміння соціального захисту не розкривають повною мірою його змісту та сутності. Під терміном “соціальний захист” потрібно розуміти діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування, спрямовану на гарантування населенню реалізації соціальних прав людини. В цьому контексті не слід ототожнювати соціальний захист та соціальне забезпечення. Вказані поняття є самостійними, із специфічними властивим лише їм особливостями. Однак в широкому розумінні поняття “соціальний захист” охоплює “соціальне забезпечення”, і в цьому контексті є більш загальним поняттям. Проявляється ж соціальний захист через систему форм і видів соціального забезпечення.

Марія Осядла,  
аспірантка відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
osyadlaya\_mv@ukr.net

## СВОБОДА ЯК СУТНІСТНА СКЛАДОВА ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Різноманітність наукових поглядів щодо рзуміння змісту та сутності права демонструє різнобічність даного феномену і виключає можливість єдиного та однакового його визначення. Плюралізм у розумінні права породжує різні підходи щодо формування понятійно–категоріального апарату, що потребує ґрунтовного теоретичного аналізу відповідно до іманентної природи права.

Дослідження проблеми свободи як сутнісної характеристики права обумовлена відсутністю у вітчизняній юридичній літературі комплексного аналізу зазначеної проблеми, вирішення якої забезпечить прогресивний розвиток юридичної науки, що і визначає актуальність обраної теми дослідження. Таким чином, виникає необхідність розкриття питання щодо співвідношення категорій “свобода” і “право”, визначення їх спільних та відмінних характеристик.

---

<sup>1</sup> Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: Учебное пособие для вузов. - 2-е издание, пераб. и доп. - М.: Книжный мир, 1998. - С. 4.



Так, існує точка зору щодо отождолення зазначених категорій. Відтак, право визначається як міра свободи або форма її вираження.

Зокрема, О. О. Мережко стверджує, що без свободи індивіда міркування про право втрачають будь-який сенс. Автор визначає свободу субстанційною якістю права, зазначаючи, що свобода індивіда в суспільстві є буттєвою основою розвитку права<sup>1</sup>.

Однак, таке розуміння права є більш характерним для представників такого напрямку, як філософія права, оскільки з точки зору теорії права між останнім та свободою все ж існують певні відмінності, хоча вони і мають відносний характер.

В юридичній літературі підкреслюється, що права і свободи не є цілком тотожними явищами – вони розрізняються головним чином за механізмами і засобами їх здійснення та забезпечення<sup>2</sup>.

Зокрема, П. М. Рабінович зазначає, що права людини можуть стати здійсненими за наявності певних юридичних (державних) засобів і “механізмів”, а свободи людини у багатьох випадках можуть бути здійснюваними і без такого “втручання” держави; її місія щодо них полягає в охороні, непорушенні й захисті відповідних можливостей людини<sup>3</sup>.

А. Н. Головистікова та Ю. А. Дмитрієв також наголошують на необхідності відмежування свободи і права. Подібність цих категорій, на думку вчених, визначається через суб’єктивну можливість людини здійснювати будь-яку дію, яка не заборонена на рівні закону. Відмінність же полягає в тому, що право – це можливість отримання певних благ, свобода – це активна дія, яка не може бути обмежена з боку держави. Якщо держава закріплює в законі ті чи інші права, вона несе відповідальність щодо забезпечення його дії та гарантує реалізацію вказаних прав. У разі надання суб’єктам свободи держава здійснює функцію контролю для того, щоб індивід не зміг використати цю свободу на шкоду іншим особам і державі<sup>4</sup>.

Цивілізоване людське буття передбачає постійний пошук балансу між багатогорноністю виявлені індивідуальної свободи та певною “уніфікацією” її нормативних мірил з метою забезпечення злагоди в суспільстві. Право поступово перестає бути “об’єктивним” або відстороненим поняттям від людини, якій адресований його (права) нормативний зміст, оскільки здобуваючи сус-

<sup>1</sup> Мережко А. А. Діалектика права / А. А. Мережко // Проблеми філософії права. – Київ-Чернівці : Рута, 2004. – Том II. – С. 177.

<sup>2</sup> Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: Монографія / У двох книгах / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка; [ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін.] / Книга перша: Верховенство права як принцип правової системи: проблемна теорія / Відп. ред. Н.М. Оніщенко. – К.: Видавництво “Юридична думка”, 2008. – 344 с. // стр. 58.

<sup>3</sup> Рабінович П. Філософія прав людини у Конституції України // Юридический вестник. – 1997. - № 2. – С. 58.

<sup>4</sup> Головистікова А.Н., Дмитрієв Ю.А. Проблемы теории государства и права: Учебник. – М.: Эксмо, 2005. – 832 с. // С. 623.

пільно узгоджений діапазон свободи проектування та побудови власного життя суб'єкт, таким чином, у певній мірі створює і своє “власне право”<sup>1</sup>.

Надаючи відповідні свободи, держава робить акцент на визнанні самобутності людини у певних сферах суспільної діяльності. Це виявляється у самостійному виборі суб'єктом способу життя, роду діяльності та поведінки. Саме свобода надає можливість встановити певну межу, що визначає можливості втручання держави у життя особи. Свободи мають диспозитивний зміст, що забезпечує можливість вибору того варіанта поведінки, що найбільш повно забезпечує реалізацію суб'єктивних інтересів<sup>2</sup>.

Тобто, свобода визначає внутрішню сутнісну складову права, а право є одним із найпотужніших засобів упорядкування свободи між людьми. Саме право визначає розумну міру свободи, встановлює необхідну межу діянь, які сприяють нормальному життю конкретної особи, громади чи суспільства в цілому.

Визначення свободи як сутності права залежить від тієї чи іншої школи праворозуміння. Цікавою в цьому аспекті є праця видатного вченого минулого століття М. І. Палієнка “Вчення про сутність права і правовий зв'язок держави”, в якій автор підкреслює, що при визначенні права, зазвичай, використовують два шляхи:

- 1) на основі апріорних даних усвідомлення права, встановлюючи формулу права як критерій пізнання (природне право);
- 2) визначення специфічної природи права шляхом вивчення його властивостей (позитивне право).

За допомогою зазначених шкіл праворозуміння було запропоновано велику кількість його визначень. Однак, жодне з них не знайшло загального визнання, тому виникає необхідність аналізу права за особливістю його змісту.

Розуміння права за його змістом, як зазначає у своїй праці М. І. Палієнко, направлене на визначення принципу, який лежить в основі права. Саме предстваники природного права, визначаючи абсолютні принципи права, а також зміст та природу права, виокремлюють основний принцип права – свободу<sup>3</sup>.

Таким чином, у площині природного праворозуміння свобода як сутність права полягає в реалізації отриманих від природи можливостей. У свою чергу позитивісти визначають право як міру свободи, де остання проявляється в суб'єктивних правах та юридичних обов'язках, а право спрямоване на обмеження свободи одного індивіда задля надання рівної свободи іншому.

На основі викладеного вище можливо зробити висновок, що категорії

<sup>1</sup> Тімуш І.С. Інтегральний погляд на право: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – 284 с. // стр. 234.

<sup>2</sup> Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: Монографія / Кол. авторів; За ред. Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчука. – К.: ТОВ “Видавництво “Юридична думка”, 2007. – 424 с. // стр. 49.

<sup>3</sup> Н.І. Палієнко Вчення про сутність прав і правовий зв'язок держави. – Харьков, 1908. – С. 231 – 234.

“право” та “свобода” дуже близькі за змістом, проте не ідентичні та не тотожні. Право без свободи – це чітке визначення законом міри поведінки. Свобода, міра якої не визначена правом, може призвести до несвободи, адже абсолютна свобода одного індивіда передбачає відсутність свободи іншого. На перший погляд може здатися, що за своєю юридичною природою і системою гарантій права і свободи є ідентичними. Проте, зазначені категорії є близькими, однак, не тотожними. Вони окреслюють забезпечувані державою соціальні можливості людини в різноманітних сферах, де термін “свобода” покликаний підкреслити більш широкі можливості індивідуального вибору, не окреслюючи конкретного його результату, у той час як термін “право” визначає конкретні дії людини.

**Олег Панасюк,**  
к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового права  
і права соціального забезпечення  
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка  
all@ukrproduct.com

## **ПРО ОБМЕЖЕННЯ РОЗВИТКУ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ТРУДОВОГО ПРАВА**

**1.** Динаміка трудової дійсності є важливим фактором, який актуалізує потребу її пізнання. Понятійний апарат трудового права виступає результатом пізнання сутності трудової дійсності в цілому або окремих сторін. У такий спосіб дійсність (у т.ч. трудові відносини) отримує свій абстрактний вигляд, який за певних умов перетворюється у зміст норм трудового права.

Системно організований та методологічно обґрунтований процес “створення” понять забезпечує можливість їх належного використання. Належним слід вважати такий стан процесу використання понять, коли протягом нього трудова дійсність максимально точно, не змінюючи свою сутність, трансформується у зміст правил поведінки.

“Спотворення” дійсності у змісті норм має значні негативні наслідки незалежно від того за якою причиною це сталося. Дефекти пізнання, вади юридичної техніки та ін. – в однаковій мірі несуть в собі однакові загрози.

2. Одним із випадків, коли ризик “спотворення” дійсності при перенесенні її до змісту норм трудового права, зростає при запозиченні для правового регулювання трудових відносин понять із інших наук.

Само по собі запозичення понять іншого предметно - наукового змісту, аніж власне правового змісту, до понятійного апарату трудового права не є новим явищем та може розглядатись як загроза для існування трудового права.

Слід назвати декілька умов, дотримання яких є принципово важливими у процесі “запозичення”. Перша умова, це відсутність понять власне правового змісту, тобто тих які посідають стале місце у понятійному апараті трудового права. Відповідно використання понять іншої галузевої належності повинно

розглядатись як виключення. Друга умова, встановлення “власне трудо-правового” змісту привнесених понять. Третя умова, це – обов’язковість ретельного обґрунтування необхідності запозичення.

Визначення правового змісту понять, які створені та використовуються іншими науками, досягається шляхом вживання понять, місце яких у догматичній частині трудового права не викликає сумніву, та, з точки зору теорії, мінімально суперечливо.

3. Практика недотримання правил “запозичення” приймає доволі значні форми. Особливо увагу в такому контексті привертає взаємодія трудового права (наука трудового права) із сферою економічного життя суспільства та, відповідно, економічною наукою.

Прикладом того, як економічний зміст поняття, не знайшовши належного обґрунтування, перенесений у трудове регулювання, є надзвичайна “популярність” поняття “найм праці”.

За відсутністю будь-яких серйозних доктринальних (догматичних) досліджень юридичного змісту поняття “найм праці” воно успішно “реінкарнувалося” з початку у тексти спеціальної літератури, а далі до змісту нормативних актів.

Теоретичний аналіз та/або філософське осмислення суті явища не відбулись свого часу, відсутні і сьогодні, а тому “найсильніший” аргумент складають вказівки на зміну форму власності на засоби виробництва або історично “раптову” ринковість економіки.

Більша частина пояснень значення “найму праці” будується на використанні понять, (а) невластивих понятійному апарату трудового права, (б) неясного правового змісту.

Пояснити цю вкрай незадовільну ситуацію, з точки зору розвитку понятійного апарату трудового права просто. У такий спосіб знаходить підтвердження тенденція *феноменального суспільного невігластва*<sup>1</sup>, про яку у свій час наголошував один із видатних філософів Пятигорський О.М.

При цьому слід виходити з того, що юридична та економічна сутність є різними. Для цього слід звернутись до обґрунтування Таля Л.С., який вказав на те, що *юридична природа не тільки не вичерпується*, але, й навіть, не визначається тим, що у них міститься міновий елемент, відбувається обмін праці на гроші<sup>2</sup>.

Виправити ситуацію із використання поняття “найм праці” при такій його популярності серед представників науки трудового права сьогодні не просто. А тому не треба дивуватись пропозиціям на кшталт тій, що висловлена Костюченко О.Є. Можна підтримати її думку стосовно того, що *у теоретичному плані відносно трудових правовідносин вважати недоцільним використання терміна “найм” та його словосполучень, а у правотворчості при доопрацюванні проекту*

<sup>1</sup> Джерело - <http://sum.in.ua/s/nevighlastvo>

<sup>2</sup> Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. – М.: Статут, 2006. – 539 с. – С.135.

*Трудового кодексу України здійснити моніторинг чинного трудового законодавства та виключити із нього всі відмінки слова “найм” та його словосполучення, замінивши їх у разі потреби на словосполучення з поняттям “трудоий договір”<sup>1</sup>.*

Альтернативно до пропозиції Костюченко О.Є., яка не залишилась не поміченою представниками науки цивільного права<sup>2</sup>, може виглядати пошук місця конструкції “найм праці” у структурі трудового договору<sup>3</sup>.

4. Ще “драматичніше” виглядають запозичення іншомовних слів та словосполучень.

Без порівняння змісту явища, стосовно позначення якого використовується іноземне слово, із сутністю явища, яке позначає це слово у правовій реальності відповідної країни, не обійтись. Вирішення такого завдання потребує уваги, як з боку правознавців, так і з боку філологів.

Прикладом, набуття “гостроти” при такому “запозиченні” є вживання англійської термінології, зокрема, слів *employment, contract of employment, employer, employee* та ін.

Наслідком порівняльно-правової аналогії із дослівним перекладом невластивих іншомовних понять стало висування та спроба обґрунтування пропозицій, які можуть докорінно змінити “долю” трудового права<sup>4</sup>.

При чому дискусія з приводу, яка вже розгорнулася<sup>5</sup> та набула суттєвої принциповості в аргументації, поки що лише частково зачепила питання сутнісної відповідності поняття “*employment law*”, що не випадково виникло у свій час в правовому лексиконі<sup>6</sup>. При цьому очевидність виконання задачі змістовного аналізу поняття та явища не заперечується. Важлива методологічна установка дослідження змісту правових явищ та відповідних ним понять сформульована правильно – термінологічні розходження слід пов’язувати із культурними, правовими та політичними традиціями різних країн<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Костюченко О.Є. Трудовий договір чи найм: проблеми право розуміння// Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. - 2010. - №2. - с.174 - 184 - с.182.

<sup>2</sup> Клім С.І. Застосування цивільно-правових норм за правилами міжгалузевої аналогії / С.І. Клім //Часопис академії адвокатури України. - 2011. - Вип.3. - С.1-10.

<sup>3</sup> Панасюк О.Т. О поиске места конструкции “найм труда” в конструкции трудового договора. Правове регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: проблеми і перспективи розвитку: тези доповідей і наук. Повідомлень учасників VI Міжнар. наук.- практ. конф. (м. Харків, 3 – 4 жовт. 2014 р.)/ за ред. В.В. Жернакова. – Х.: Право, 2014. – 376 с. - С.158- 161.

<sup>4</sup> Пилипенко П. Про право зайнятості, або нові контури трудового права// Право України. – 2014. - №6 – С.197-207.

<sup>5</sup> Процевський О.І. щодо майбутнього трудового права Правове регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: проблеми і перспективи розвитку: тези доповідей і наук. повідомлень учасників VI Міжнар.наук.- практ. конф. (м. Харків, 3 – 4 жовт. 2014 р.)/ за ред. В.В. Жернаков. – Х.: Право, 2014. – 376 с. - С. 20-31.

<sup>6</sup> Пилипенко П. Там само. С.203.

<sup>7</sup> Пилипенко П. Там само. - с. 201-202.

Ситуацію із перекладом словосполучення слід вважати позитивним прикладом.

Досить легко знайти приклад вживання іноземних слів (понять) без будь-якого обґрунтування. Так, у спеціальній літературі без спеціального аналізу знайшли своє місце та набули певної популярності поняття – “фрілансерство”<sup>1</sup>, “договір “нуль годин”<sup>2</sup>, “медіація”<sup>3</sup>, “емержентність”<sup>4</sup>, “інфорсмент”<sup>5</sup> та ін.

5. В зазначеному контексті привертає увагу питання щодо “запозичення” понять, які природно опосередковують сферу соціального життя суспільства та знайшли своє місце у понятійному апараті соціальної філософії, науки соціального управління та ін. Мова, наприклад, про такі поняття як “соціальні відносини”, “соціально-трудова відносини”, “соціальні ризики”, “соціальні стандарти” та ін. Кожне із понять такого змісту здійснюють різний вплив на правове регулювання. Деякі із них можуть справляти враження власне трудово-правової термінології. Однак, це у багатьох випадках далеко не так. “Запозичені” свого часу деякі із них вони стали “звичними” для науки трудового права та права соціального забезпечення. Проте, суспільний розвиток, у т.ч. розвиток трудових та інших відносин, вносить значні змістовні корективи, актуалізуючи потребу ґрунтовного аналізу відповідності змісту поняття та суті явища.

6. Таким чином, враховуючі вищевказане, слід констатувати нагальну потребу комплексного (міжгалузевого) наукового аналізу понятійного апарату трудового права та права соціального забезпечення.

При цьому не можна не згадати попередження Палієнко М.І. про те, що наука (малась на увазі наука державного права – прим. автора) не може вичерпуватись лише догматикою<sup>6</sup>.

Основою такого аналізу, як влучно, у свій час, зазначив А.М. Васильєв, повинно бути вирішення логіко-гносеологічних проблем правознавства на підставі інтеграції філософського та правового знання<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Правове регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: проблеми і перспективи розвитку: тези доповідей і наук. повідомлень учасників VI Міжнар.наук.- практ. конф. (м. Харків, 3 – 4 жовт. 2014 р.)/ за ред. В.В. Жернакова. – Х.: Право, 2014. – 376 с. – с.140.

<sup>2</sup> Там само - с.170.

<sup>3</sup> Наприклад, Дараганова Н.В. Медіація один із альтернативних способів вирішення індивідуальних трудових спорів//Юридична наука. - 2011. - №6 - С.77 – 84.

<sup>4</sup> Громадянське суспільство: емерджентність взаємозв'язків його підсистем: Матеріали VIII Міжнародної науково-практичної конференції, 27-28 січня 2011 р. (За заг.ред. Поляк О.В., Кирипенко Н.Є.). Чернівцька філія МАУН. - Чернівці: Букрек, 2011. - 392 с.

<sup>5</sup> Наприклад, Мартинкевич А.В. Інфорсмент как форма трудовых отношений между работниками и нанимателем в системе трудового спору//Социологический альманах. - 2013. - №4. - с. 87- 98.

<sup>6</sup> Палиєнко Н.И. Задачи и пределы юридического изучения государства и новейшее формально-юридическое исследование проблем государственного права / Н.И. Палиєнко // Журнал Министерства Юстиции. – СПб., 1912. – №2 (Февраль). - С. 121-153; №3 (Март). - С. 1-55.

<sup>7</sup> Васильєв А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы

До того ж слід додати необхідність інтеграції із іншим науковим знанням, насамперед, у формі відповідних до трудової дійсності понять з обов'язковим дотримання умов “запозичення” понять, словосполучень.

**Михайло Паночко,**  
к.філол.н., викладач кафедри української мови  
Дрогобицького державного педагогічного університету імені І. Франка  
panochkom@ukr.net

## **ЧУЖОМОВНІ ЗАПОЗИЧЕННЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ЗБАГАЧЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ЮРИДИЧНОЇ ЛЕКСИКИ ГАЛИЧИНИ XIX СТ.**

Запозичення слів – один з продуктивних способів поповнення лексичного складу кожної мови в сучасному світі. Поява іншомовних слів у лексичному складі мови зумовлена передусім економічними, політичними і культурними контактами, які існували чи існують між окремими народностями і націями в процесі їх історичного розвитку. Економічні, культурні й політичні взаємозв'язки знаходять своє відображення в лексичному складі тієї чи іншої мови. “Аналіз сучасних галузевих терміносистем дає підстави констатувати, що близько 40 % у них становлять слова, запозичені з інших мов”<sup>1</sup>. Разом з окремими поняттями і предметами виробництва, торгівлі, суспільно-політичного і культурного життя, побуту приходять і слова – носії цих понять та предметів.

Завданням цього дослідження є виявити та дослідити особливості чужомовних запозичень в західноукраїнській юридичній термінології XIX ст. та їхній вплив на сучасну українську юридичну терміносистему. Для висвітлення цього завдання потрібно звернути увагу на умови функціонування юридичної термінології даного періоду, застосувати описовий метод, що реалізується через прийоми лінгвістичного спостереження та лексикологічного зіставлення.

Проблема використання іншомовної лексики (міра її необхідності і доцільності в загальнонародній мові, роль у творенні термінології, ступінь освоєності й зв'язку з цим питання про правописні, орфоепічні та інші норми вживання) постійно супроводжує розвиток будь-якої літературної мови, загострюючись та активізуючись особливо на певних переломних етапах її становлення.

Детальніше зупинимось на використанні термінів-запозичень у Західній Україні періоду Австрійської імперії. Вже у першому термінологічному словнику “Juridisch-politische Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs” відображено прагнення включити у корпус національних термінологій такі слова, які за етимологією і зовнішньою формою були б подібні до всіх слов'янських мов Австрійської імперії. Допускалася термінологізація слов'янських слів за-

---

категорій теорії права [Текст] / А. М. Васильєв. - М. : Юрид. лит., 1976. - 264 с. - с. 9-10.

<sup>1</sup> Комова М. В. Українська документознавча термінологія: шляхи творення та функційні особливості / М. Комова. – Львів: Видавництво Львівської політехніки, 2011. – С.180.

гального вжитку. В усіх випадках “перевага віддавалася термінам з більшою частотністю вживання (при наявності термінів-синонімів), причому не включалися наявні у мовах іншомовні запозичення (прямі і перекладні), якщо вони були вже адаптовані”<sup>1</sup>.

Автори словника намагалися творчо підходити до відбору слов’янської запозиченої лексики: при доборі відповідників німецькому термінові враховували широкий контекст, можливі переклади у конкретних випадках. Щодо збереження чи відхилення інтернаціоналізмів і просто слів іншомовного походження, то у німецько-українському словнику надмірного їх уникання не спостерігаємо. Поруч зі слов’янськими утвореннями частіше, ніж в інших словниках, паралельно подаються запозичені терміни (*акциза, адвокат, агент, арешт, капітал, цензура, дирекція, гендель, журнал, облігація, пенсія, прокурор, субординація*).

Важливо зазначити, що серед іншомовних засвоєнь та слів, утворених на базі іншомовних коренів, у складі юридичної лексики Західної України ХІХ ст. на перший план висуваються германізми та слова, утворені на базі німецьких коренів, що проникли в українську мову переважно через польське посередництво або й безпосередньо.

Наявність порівняно значної кількості німецьких лексичних елементів у правничій лексиці пояснюється, головним чином, тим, що в досліджуваний період і значно раніше (ХІV–ХVІІ ст.) у господарському, культурному, політичному житті Західної України помітну роль відігравали німецькі колоністи, що були переважно ремісниками, а також торговці і наймані німецькі військові частини. Німецькі поселенці принесли генетично властиву їм мову та магдебурзьке право. А з кінця ХVІІІ ст. Галичина безпосередньо потрапила під австро-німецьке панування.

Зрозуміло, ці історичні причини і зумовлювали досить помітний наплив германізмів у старопольську мову, а через її посередництво або також і безпосередньо – в українську та білоруську мови. Цікаво, що значна частина цих німецьких мовних елементів міцно засвоїлася українською мовою і зберігається в ній і зараз. Німецькі лексичні запозичення настільки органічно адаптувалися в лексичній системі нашої мови з власне номінативного, фонетичного та морфологічного поглядів, що в багатьох випадках вони не сприймаються як слова іншомовного походження (*варта, коштувати, мордувати, рятунок* тощо).

Правнича преса Галичини та перші словники юридичної термінології містять значну кількість германізмів латинської етимології. Переважно це юридичні терміни, які співвідносяться з фінансовим та цивільним правом, а також незначна кількість термінів, які постали із загальноновживаної лексики: *білянс* (з нім. *Bilanz* – баланс), *клявзуля* (з нім. *Klausel* – обмовка, умова в договорі), *кодиціль* (з нім. *Kodizill* – завершальна частина заповіту), *курателя* (з нім. *Kuratel* –

<sup>1</sup> Панько Т. І., Кочан І. М., Мацюк Г.П. Українське термінознавство. – Львів: Вид-во “Світ”, 1994. – 216 с.



*опіка*), *куренда* (з нім. *Kurrende* – циркуляр), *легатар* (з нім. *Legatar* – відмовоо-держувач), *лявдемія* (з нім. *Laudemium* – грошова повинність).

Українська суспільно-політична (і юридична) термінологія створювалася з урахуванням національних традицій і досягнень міжнародної практики термінотворення. Калькування німецьких термінів – переконливий цьому приклад. Шляхом афіксації були створені терміни на ґрунті національних та інтернаціональних основ, еквівалентних за своєю семантичною структурою відповідним німецьким термінам: *безкарність* (нім. *Unsträflichkeit*), *виготовлення* (нім. *Produktion*), *наддавка*, *переплата* (нім. *Übergebot*), *пересправник* (нім. *Unterhändler*), *письмоводець* (нім. *Schriftführer*), *півдоказ* (нім. *Halbbeweis*), *підзастав* (нім. *Unterpfand*).

Ще однією особливістю досліджуваного періоду є намагання при доборі відповідників німецькому термінові враховувати широкий контекст, можливі переклади у конкретних випадках. В українському варіанті перекладних німецько-українських словників нерідко знаходимо три і чотири відповідники одночасно одному німецькому термінові: *Advokat* – *правотар*, *адвокат*, *речник*; *Anwalt* – *оборонець*, *защитник*, *речник*; *Edikt* – *едикт*, *обклик*, *прилюдний зазив*; *Klage* – *скара*, *жалоба*, *позывъ*; *Meldung* – *оповідь*, *звідомлене*, *донесене*; *Nachteil* – *страта*, *школа*, *кривда*, *ущерб*; *Partei* – *сторона*, *правуюча особа*, *сторонництво*; *Rechtmasig* – *правний*, *правый*, *законный* та ін.

Лексичні запозичення з польської мови належать до найдавніших. Це було зумовлено тривалими історичними контактами між двома мовами. Крім того, польська мова стала посередником для входження до українського лексичного фонду великої кількості слів латинського та німецького походження. Ця мова була одним із найважливіших джерел поповнення української юридичної термінології Галичини середини XIX ст. У словниках і текстах законів цього періоду представлені такі полонізми, як *безпеченство* (польськ. *bezpieczeństwo*); *бранка* (польськ. *branka*); *воеводство* (польськ. *województwo*); *капітанство* (польськ. *kapitaństwo*); *належитість* (польськ. *należytość*); *обыватель* (польськ. *obywatel*); *позволенье* (польськ. *rozwoleńie*)<sup>1</sup>.

Зв'язки української літературної мови із західнослов'янськими мовами (чеською та словацькою) зміцніли під час перебування в спільній Австрійській державі, а для української правничої термінології певне значення мали чеські переклади “Вісників законів” та чеське (богемське) видання Словника “Juridisch-politische Terminologi...” (Wien, 1850). До запозичень із чеської мови, що ввійшли до галицької юридичної термінології середини XIX ст., належать лексеми: *банківка* (чеськ. *bankovka*), *допись* (чеськ. *dopis*), *перепись* (чеськ. *přepis*), *предпись* (чеськ. *předpis*). Під впливом чеської мови утворено терміни *возбрань-*

<sup>1</sup> Juridisch-politische Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs. Von der Commission für slavische juridisch-politische Terminologie. Deutsch-ruthenische Separat-Ausgabe. – Wien. Aus der kaiserlich-königlichen Hof- und Staatsdruckerei 1851. – 296 s.

ство (чеськ. *obranstvo*), а також складений термін *цло вывозове* (чеськ. *úvozní clo*).

Німецька мова (інколи разом з польською) виступала посередником при запозиченнях з італійської мови термінів фінансового права: *банк* (італ. *banca*, нім. *Bank*, польськ. *bank*), *валюта* (італ. *valuta*, нім. *Valuta*, польськ. *waluta*), *касса* (італ. *cassa*, нім. *Casse*, польськ. *kasa*), а також з французької мови загально-юридичних термінів: *бюро* (фр. *bureau*, нім. *Bureau*, польськ. *bióro*), *депеша* (фр. *dépêche*, нім. *Depesche*, польськ. *depesza*), *жандармерія* (фр. *Gendarmérie*, нім. *Gensdarmérie*, польськ. *żandarmerya*) тощо.

**Висновки.** З кінця XIX ст. серед західноукраїнських лексикографів починає домінувати думка про раціональне співвідношення між національним та запозиченим. Звичайно, враховувалося, що будь-яке досягнення в науково-технічному прогресі, у сфері юриспруденції в одній країні в умовах динамічних взаємовідносин між народами та між різними культурно-історичними ареалами автоматично стає досягненням всієї людської спільноти. Але там, де немає необхідності застосовувати іншомовні терміни і де вже функціонує звична лексична одиниця рідної мови, немає потреби проводити якусь заміну.

Домінує, таким чином, визнання багатоманітності джерел поповнення лексики, багатоманітності ресурсів, які мова може використовувати для свого розвитку. Перед носіями української мови, відповідно, постає завдання – як саме передати міжнародні юридичні терміни засобами рідної мови. Іншомовні запозичення будуть цінним надбанням, за умови, якщо мова, яка їх запозичує, готова до їх абсорбції в свою усталену систему термінотворення і може відповідно реагувати на реальні потреби професійної діяльності соціуму.

Проте там, де немає необхідності застосовувати іншомовні терміни і де вже функціонує звична лексична одиниця рідної мови, немає потреби проводити якусь заміну. Так чи інакше, тут необхідно бути дуже обережним, аби процеси українського термінотворення були узгоджені з системою національної мови і, водночас, зі світовими термінотворчими процесами, загальним рівнем розвитку науки та техніки, оскільки інтернаціональне не суперечить національному, а збагачує та мотивує його новизну.

**Наталія Пархоменко,**

д.ю.н., вчений секретар

Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

[jukr@yurincom.kiev.ua](mailto:jukr@yurincom.kiev.ua)

## СУТНІСНІ ЗАСАДИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ЗМІСТ ПОНЯТТЯ “КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ”

Однією з форм правового регулювання суспільних відносин є їх конституціоналізація. Це поняття відносно недавно увійшло в науковий обіг і вжива-

ється поряд з такими поняттями як “конституційність”, “конституціоналізм” та “конституціоналізація”.

З огляду на важливість досліджуваних категорій права необхідно визначити їх співвідношення шляхом з’ясування сутності та змісту.

Поняття конституційність тривалий час перебуває в науковому та прикладному контекстах та означає якісно-правову характеристику правових актів, що перебувають в межах однієї системи права. Сутність конституційності полягає у визначенні відповідності текстів правових актів чинній в державі Конституції. При цьому слід мати на увазі, що встановлюється не стільки змістовна (до-слівна, формальна) відповідність, скільки сутнісна. Правовий акт має відповідати та не суперечити конституційним положенням. Таким чином не повинно бути колізій між сутністю Конституції та всіх правових актів в межах юрисдикції певної держави.

Відповідати Конституції мають всі правові акти в межах певної системи права, незалежно від предмету та методів правового регулювання. Конституція в даному випадку розглядається як нормативно-правовий акт найвищої юридичної сили, що має цілісний, логічно викладений зміст. Визначення конституційності здійснюється в процесі офіційного тлумачення спеціально уповноваженим на це органом державної влади – конституційним судом з урахуванням всіх, а не окремо взятих, положень (принципів і норм) Конституції, їх взаємозв’язку та взаємодії. Таким чином, конституційність – це якісна властивість правових актів, яка має важливе значення в процесі реалізації норм, що містяться в цих актах.

З іншого боку, конституційність може бути розглянута як принцип, який формулюється та проявляється в процесі з’ясування відповідності норм права конституції та характеризує пізнання об’єктивних закономірностей та опосередкування певних суспільних відносин.

Крім того, конституційність визначається як загальна вимога, яка характеризує режим конституційної законності й полягає у неухильному виконанні та дотриманні конституції усіма суб’єктами права, правильному застосуванні її норм органами влади і посадовими особами. Така вимога фіксується в конституції, в частині загальних засад діяльності органів державної влади і посадових осіб, які уповноважені здійснювати правотворчість, відповідно до норм конституції, а акти, що ними видаються, мають відповідати конституції.<sup>1</sup>

Конституційність може бути розглянута і в якості критерію поділу правових актів, а відповідно і норм права, на конституційні та неконституційні. Тобто, в даному випадку конституційність – це спеціальна вимога, яка припускає можливість звернення до органу конституційної юрисдикції уповноважених

---

<sup>1</sup> Юридична енциклопедія. – Т. 3. – К.: Вид-во “Українська енциклопедія” імені М.П.Бажана, 2001 – С.288.

суб'єктів права з питань відповідності конституції певного кола правових актів і передбачає розгляд ним цих питань<sup>1</sup>.

Конституціоналізм (франц. *constitutionnalisme*, від лат. *constitutio* – устрій, установлення, положення) – доктринальне поняття, яке визначають як політико-правову ідеологію, історично-пов'язану з феноменом конституції. Його розглядають як певне інтелектуальне узагальнення, притаманне розвитку політико-правової думки в конкретній країні, і як персоналізовану концепцію (концепції), сформульовану окремими видатними авторами. Відповідно конституціоналізм є правовою ідеологією, яка відображає і прогнозує розвиток відповідної нормотворчості та нормо застосування. З іншого боку, конституційність визначають як суспільно-політичний режим, за якого функціонують держава та її інститути, взаємні стосунки людини і держави. Цей режим є системою правових зв'язків між суспільством. Державою та індивідом, що виникають у процесі реалізації норм конституції та ін.. джерел конституційного права. Змістову основу конституціоналізму виражає формула “ конституційно-правова норма + практика її реалізації” Виходячи з того, що конституційно-правові норми регламентують і питання організації та діяльності “недержавних” елементів політичної системи (наприклад, політичних партій), конституціоналізм можна водночас визначити як режим існування та функціонування політичної системи суспільства в цілому<sup>2</sup>.

Сутність конституціоналізації проявляється в тому, що конституція, насамперед, закріплює нормативну модель та юридичну конструкцію суспільних найважливіших відносин, тим самим визначає системні, структурні, функціональні та ін. зв'язки між різними суспільними інститутами, завдяки яким забезпечується гармонійний розвиток всього суспільства. Таким чином конституційні принципи і норми: є базовими для розвитку норм різних галузей права; завдяки втіленню змісту конституційних норм і принципів відбувається гармонізація національного законодавства, забезпечується стабільність та ефективність їх розвитку.

Необхідно констатувати, що парад суверенітетів, що відбувся наприкінці минулого століття, дав могутній поштовх до розвитку теорії права та теорії конституційного права, що в підсумку призвів до модернізації конституційно-правової теорії, яка обґрунтовує перехід суспільства до демократії, визнання людини найвищою соціальною цінністю, забезпечення розвитку правової держави. Наразі у світі відбуваються складні фінансово-економічні процеси, що потребують правового забезпечення з метою мінімізації згорання ознак соціальної, правової, демократичної держави. Кризові явища, що спостерігаються у європейських країнах, є підсумком порушення верховенства права, що призвели до неадекватної конкретизації правових принципів у регулювання

---

<sup>1</sup> Там само. – С.288.

<sup>2</sup> Там само. – С. 289.

економіки і фінансів, деформації прав та обов'язків суб'єктів економічних відносин<sup>1</sup>.

На жаль, кризові явища охопили не лише сферу економіки. Негативні тенденції розвитку можна прослідкувати в сфері правосуддя, правової культури правотворчості. Така ситуація вимагає від науки адекватної реакції. Насамперед йдеться про формування якісно нової моделі реалізації норм конституції (конституційних стандартів), організації економічної, політичної, правової і духовної систем суспільства. Ефективний розвиток системи суспільних відносин потребує їх конституційної організації – конституціоналізації системи національного права (її галузей і норм). Таким чином розвиток суспільних відносин, з одного боку, а з іншого – зміст та сутність галузевого законодавства мають відповідати меті, цінностям, та принципам конституції. При цьому конституціоналізація законодавства безпосередньо залежить від змісту тих цінностей та принципів, що закладені у конституції, обумовлені особливостями національної правової системи.

При цьому важливо зазначити, що процес конституціоналізації національного законодавства, як об'єктивний та необхідний, на практиці не “може бути зведений до системи формально-юридичних засобів і методів юридизації суспільних відносин, оскільки зачіпає ідеологічні, інформаційні та інші сфери юридичної дійсності. Зокрема, конституціоналізація законодавства передбачає: формування конституційної правосвідомості; проведення виваженої державної людино центристської політики; закріплення та реалізація в окремих нормах різних галузей права конституційних цінностей, ідей та принципів, що сприятиме їх наповненню конституційним змістом; формування ефективної системи державного управління; забезпечення відповідності конституції практики правореалізації.

Послідовна конституціоналізація всієї системи джерел права у формально-юридичному розумінні за допомогою нормотворчої та правореалізаційної діяльності Президента, Парламенту, Уряду, Конституційного суду у підсумку має призвести до створення ефективної державно-правової системи. Конституцію будь-якої країни можна вважати діючою лише в тому випадку, якщо норми і принципи, що складають її зміст реалізуються та слугують конструктивною основою для розвитку всіх елементів правової системи.

Таким чином, основою процесу конституціоналізації є, насамперед, принципи правової держави, які або прямо зафіксовані у тексті конституції, або походять із її змісту. Серед них: відсутність зворотної дії закону, гласності, стабільності законодавства, пропорційності прав, обов'язків та заборон (обмежень прав) і відповідальності.

Залежно від різних критеріїв конституціоналізацію законодавства можна

---

<sup>1</sup> Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. – М.: Норма, 2011. – С.468-498.

поділити на декілька видів. Зокрема, залежно від ступеня реалізації конституційних положень, закріплених у законодавстві: формальна та реальна; залежно від суб'єктів, що здійснюють конституціоналізацію: конституціоналізаційна діяльність парламента, уряду, глави держави, конституційного суду; залежно від форми правових актів, в яких закріплюються та розвиваються конституційні положення: закони та підзаконні акти (укази, постанови та ін.), рішення; залежно від поділу права на публічне та приватне: конституціоналізація норм публічного права та конституціоналізація норм приватного права; залежно від дії норм права в просторі та, відповідно, їх приналежності до національного чи міжнародного права: конституціоналізація норм національного законодавства та конституціоналізація норм міжнародного права та права Європейського Союзу.

Завдяки конституціоналізації законодавства здійснюється збалансований розвиток всіх елементів правової системи, забезпечується пропорційність публічних та приватних інтересів, збереження конституційних цінностей.

Наталія Паславська,

асистент кафедри основ права

Львівського національного університету імені Івана Франка

alla@mail.lviv.ua

## ВПЛИВ ОКРЕМОЇ ДУМКИ НА РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ ФРН

Із прийняттям у 1970 році змін до Закону про Федеральний Конституційний Суд (ФКС) ФРН кожен суддя ФКС отримав можливість зафіксувати свою думку, висловлену в ході обговорення і відмінну від прийнятого рішення у формі окремої думки (§ 30 II п. 1 Закону про ФКС<sup>1</sup>). Окрім цього, декілька суддів можуть висловити окрему думку спільно. Окрема думка як процесуальна форма думки, відмінної від прийнятого рішення, публікується, подібно до рішення, у службовому збірнику. Інколи окрема думка розлогіша ніж рішення, прийняте більшістю. Деталі щодо цього регулює § 56 Регламенту ФКС<sup>2</sup>. Можливості врахування окремої думки в інших судів ФРН немає. Її впровадження є вираженням наявного в конституційному праві ФРН плюралізму в методах і результатах інтепретації Конституції.

У тлумаченні Конституції ФРН погляду судді, зокрема й під політичним кутом зору, надається особлива вага. Окрема думка, як і повідомлення про результати голосування і відображення різних думок суддів, навіть щодо причин

<sup>1</sup> Zierlein K.-G. Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht / K.-G. Zierlein // Die öffentliche Verwaltung. – 1981. – Jg. 34. – H. 3. – S. 83.

<sup>2</sup> Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfgo\\_1986/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfgo_1986/gesamt.pdf). – § 56.

прийняття рішення засвідчують, що конституційне право дискусійне і в межах самого суду<sup>1</sup>, тому на перспективу стають можливими відповідні зміни в юрисдикції. Спірні питання і надалі вирішуються більшістю голосів. Окрема ж думка частково відкриває завісу на процес обговорення в суді, але не применшує авторитету рішення суду. За рішення, прийняте більшістю, і його обґрунтування відповідають судді, і вони його підписують.

Багато критиків інституту окремої думки висловлювали побоювання, що вона послабить авторитет суду і його рішень, але дотепер цього не спостерігається. Навпаки, розкриття різних поглядів суддів ФКС і обґрунтувань їхніх думок з того чи іншого питання ілюструє, що судові рішення є останнім словом у справі, але не в тлумаченні Конституції. Зрештою, окрема думка засвідчує й те, що в більшості кращі аргументи. Окрема думка має сприяти чіткішій репрезентації думки більшості і цим сприяти тому, щоб обґрунтування суду інколи не набували форм майже дипломатичного характеру. Однак, чи дійсно процедура окремої думки насправді досягла такого результату, німецькі правники не дають однозначної відповіді.

Окрема думка судді ФКС може принципово відрізнитися від думки більшості (*dissenting opinion*). Але вона також має можливість, зрештою долучитися до думки більшості суддів і відрізнитися лише в обґрунтуванні (*concurring opinion*). Поза тим, окрема думка може містити часткову згоду або незгоду щодо окремих пунктів рішення. Ці особливі функції окремої думки не завжди можна чітко розмежувати.

Окремій думці бракує єдності щодо приводу, стилю і мотивації. З одного боку, вона відстоює особистість судді з окремою думкою, який з етнічних чи принципових науково-догматичних міркувань не бажає приймати певне рішення і хоче це засвідчити (що мало би бути потрібним і тому й можливим лише в екстремальних випадках). Така окрема думка може відображати переваги, ризик або небезпеку думки більшості.

Доцільність існування інституту окремої думки засвідчують конкретні випадки її застосування у ФКС ФРН. Наприклад, у справі за рішенням ФКС 39, 1 (68)<sup>2</sup> – переривання вагітності: два судді ФКС – В. Рупп фон Брюнек і Г. Сімон – вважали, всупереч думці більшості, що переривання вагітності у перші три місяці є таким, що не суперечить нормам Конституції ФРН: з основоположних прав не можна за жодних обставин робити висновок про обов'язок держави призначати покарання за переривання вагітності на будь-якій стадії.

Окрема думка сприяє, з іншого боку, конструктивній внутрішній дискусії в рамках суду або широкому науковому обговоренню проблеми. Таким прикла-

<sup>1</sup> Roellecke G. Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge / Gerd Roellecke // Isensee J., Kirchhof P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. – Band III, 3. Auflage. – Heidelberg : Müller, 2005, Teil II, § 53, Rn. 15.

<sup>2</sup> BverfGE (Bundesverfassungsgericht Entscheidung) 39, 1 (68). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>

дом є справа за рішенням ФКС 42, 64 (80)<sup>1</sup>: Суддя Гайгер погодився із рішенням ФКС, але висловився проти надто широкого застосування (Generalklausel) ст. 3, абз. 1 Основного закону, тому що це може призвести до розмитості (релятивізації) конституційних положень. “Не все, що суперечить державному праву, повинно оспоруватись у рамках конституційного права як таке, що суперечить ст. 3 Основного закону”<sup>2</sup>.

Окрема думка судді може скеровувати розвиток правосуддя в іншому напрямку і звертати увагу громадськості на протиріччя і проблеми актуального правосуддя. Зрештою, в цьому й мав би полягати справжній сенс окремої думки.

Рішення ФКС 69, 1 (57)<sup>3</sup> – відмова від військової служби містило окрему думку суддів Е.-В. Бьоккенфорде та Е. Г. Маренгольца, які звернули увагу правосуддя на проблему меж, встановлюваних основоположними правами. На основі міркувань судді переносять застосоване право з Конституції у вердикт суду. “Основоположні права перетворюються в міркування і постають як інтерес носія основоположних прав, якому протистоять інші погляди або інтереси”<sup>4</sup>.

Окрема думка Д. Грімма в рішенні ФКС 80, 137 (168) – кінні прогулянки в лісі – стосувалася тлумачення ст. 2, абз. 1 Основного закону як забезпечення загальної свободи дій: “Тому слід скасувати це непередбачене законом спрощення основоположних прав і пов’язане з ним роздування конституційної скарги”<sup>5</sup>. Це видається ще доречнішим з огляду на те, що ст. 2 абз. 1 Основного закону поповнилась низкою конкретних гарантій свобод і залишається відкритою для додаткових необхідних гарантій свобод”<sup>6</sup>.

Надання окремій думці якоїсь “нормативної сили”, напр., таким чином, що зміна в судочинстві стає можливою лише тоді, якщо вона попередньо реалізувалась як окрема думка, видається необґрунтованим і, з огляду на динаміку судочинства, небажаним. Зрештою, кількість випадків висловлення окремої думки, відколи вона була узаконена 21-го грудня 1970 року, особливо не змінила загальну картину судочинства ФКС ФРН. Так, із надрукованих у період з 1971 по 2000 рік 1.714 рішень ФКС ФРН лише 108 містять окрему думку судді<sup>7</sup>, Однак після незначного спаду 1980 і 1990 рр. їхня кількість знову зростає.

<sup>1</sup> BVerfGE 42, 64 (80). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv042064.html>

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> BVerfGE 69, 1 (57). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069001.html>

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> BVerfGE 80, 137 (168). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv080137.html>

<sup>6</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

<sup>7</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Sondervotum#cite\\_ref-2](http://de.wikipedia.org/wiki/Sondervotum#cite_ref-2)



**Анна Пастух,**  
аспірантка відділу проблем аграрного та земельного права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корещького НАН України  
anya\_pastuh@mail.ru

## **ПОНЯТТЯ “СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКА СИРОВИНА ДЛЯ ВИРОБНИЦТВА БІОПАЛИВА” В АГРАРНОМУ ПРАВІ**

**З**абезпечення енергетичної та продовольчої безпеки України є пріоритетним завданням держави, зважаючи на неефективність використання паливно-енергетичних ресурсів, недостатні темпи диверсифікації джерел їх постачання, а також критичний стан з продовольчим забезпеченням населення, що визначені статтею 7 Закону України “Про основи національної безпеки України” від 19 червня 2003 року<sup>1</sup> як загрози національним інтересам і національній безпеці України в економічній сфері.

Вирощування та перероблення сільськогосподарської сировини для виробництва біопалива впливає на забезпечення енергетичної та продовольчої безпеки України, а також зумовлює необхідність охорони земель та навколишнього природного середовища. Теоретико-правові обґрунтування вирощування та перероблення сільськогосподарської сировини для виробництва біопалива у науці аграрного права нині перебувають у процесі формування. В. Ю. Уркевич вважає, що заходи щодо розвитку виробництва в Україні біопалива мають спиратися на результати наукових розробок щодо визначення пріоритетів у вирішенні проблеми підвищення ефективності виробництва різного типу біопалив шляхом розширення сировинної бази, з застосуванням нових, нетрадиційних культур і удосконаленням традиційних шляхом селекції і використанням досягнень біотехнологій<sup>2</sup>. Т. О. Коваленко, досліджуючи правову охорону земель при вирощуванні сільськогосподарських культур для виробництва біопалива, визначає, що Україна має значний потенціал з вирощування сільськогосподарських культур для виробництва біопалива, разом з тим, ні в аграрному, ні в земельному, ні в екологічному законодавстві не передбачені особливості правової охорони земель як основного багатства при вирощуванні “енергетичних” сільськогосподарських культур, які здатні завдати значної шкоди якісному стану ґрунтів в Україні<sup>3</sup>. Є. В. Голомозий зазначає, що основними проблемами

<sup>1</sup> Закон України “Про основи національної безпеки України” від 19 червня 2003 року № 964-IV // Відомості Верховної Ради України від 26.09.2003 р., № 39, стаття 351.

<sup>2</sup> Уркевич В.Ю. Організаційно-правові питання виробництва біопалива в Україні // “Юридична осінь 2009 року”: Тези доп. та наук. повідомл. міжнар. наук.-практ. конф. молодих учених та здобув., 13 лист. 2009 р. -Х.:Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2009. - С.395.

<sup>3</sup> Коваленко Т.О. Охорона земель при вирощуванні сільськогосподарських культур для виробництва біопалива: дефекти правового регулювання/Т. О. Коваленко // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України, 2010. Вип.156.-С.147.

правового регулювання виробництва біопалива є відсутність термінологічної єдності, декларативність, і, як наслідок – відсутність реального впливу на суспільні відносини, наявність зайвих і невдалих дефініцій<sup>1</sup>.

Представники економічної науки мають значні здобутки у дослідженні проблем ефективності вирощування сільськогосподарської сировини для виробництва біопалива та розвитку ринку біопалив. Ці проблеми досліджували Г.М. Калетнік, Л. В. Гойсюк, Г. С. Чибіскова, також до них зверталися Т.Ф. Плахтій, Н.В. Зіновчук, Т. О. Осташко, В. І. Бурдаш та інші.

Формулювання поняття “сільськогосподарська сировина для виробництва біопалива” має важливе значення для встановлення кола нормативно-правових актів, які врегульовують відносини у сфері вирощування та перероблення сільськогосподарської сировини для виробництва біопалива.

Чинне аграрне законодавство України не містить визначення поняття сільськогосподарська сировина, натомість в різних нормативно-правових актах роз’яснює суміжне поняття сільськогосподарська продукція, яке для цілей врегулювання конкретних відносин вживається по-різному. Так, Закон України “Про державну підтримку сільського господарства України” від 24 червня 2004 року<sup>2</sup> визначає сільськогосподарську продукцію як товари, зазначені у групах 1-24 УКТ ЗЕД згідно із Законом України “Про Митний тариф України”, якщо при цьому такі товари (продукція) вирощуються, відгодовуються, вилочуються, збираються, виготовляються, виробляються, переробляються безпосередньо виробником цих товарів (продукції), а також продукти обробки та переробки цих товарів (продукції), якщо вони були придбані або вироблені на власних або орендованих потужностях (площах).

До сільськогосподарської продукції (товарів) також належать відходи, отримані при виробництві сільськогосподарської продукції (товарів), визначених у групах 1-24 УКТ ЗЕД згідно із Законом України “Про Митний тариф України”, а саме: органічні добрива (гній, перегній, пташиний послід, а також полова, бадилля тощо), суміші органічних та мінеральних добрив, у яких частка органічних добрив становить більше 50 відсотків від загальної ваги таких сумішей, а також усе біологічне паливо та енергія, отримані при переробці та утилізації сільськогосподарської продукції (товарів) та їх відходів (біогаз, біодизель, етанол, тверде біопаливо, у виробництві якого була використана сільськогосподарська продукція (її відходи) в розмірі більше 50 відсотків від усієї використаної продукції, електрична енергія, пар, гаряча вода тощо). В інших законодавчих актах, визначення поняття сільськогосподарська продукція є подібним до наведеного, проте враховує специфіку відносин, що підпадають під їх регулювання.

<sup>1</sup> Голомозий Є. В. Деякі правові проблеми виробництва біопалива в Україні / Є. В. Голомозий // Форум права. – 2013. - №1. – С. 198-199. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2013-1/13gevbuu.pdf>.

<sup>2</sup> Закон України “Про державну підтримку сільського господарства України” від 24 червня 2004 року // Відомості Верховної Ради України від 03.12.2004р., № 49, стаття 527.

В. Єрмоленко, досліджуючи інституціональне визначення категорії “сільськогосподарська продукція”, вважає, що до сільськогосподарської продукції необхідно віднести всю сиру продукцію культурного рослинництва, тваринництва та рибництва, одержувану від сільськогосподарської діяльності, а також продукти її первісної переробки, здійснюваної безпосереднім її виробником. Також він вказує, що не є сільськогосподарською продукцією переробки сільськогосподарської сировини підприємствами переробки промисловості, адже за формальними ознаками вона не належить до сільськогосподарської, а тому необхідно її вилучити з переліків у державних класифікаторах<sup>1</sup>. З такою думкою слід погодитися та додати, що сільськогосподарською сировиною слід визнавати сільськогосподарську продукцію, яка підлягає подальшому переробленню.

За наведеним у Законі України “Про державну підтримку сільського господарства України” визначенням поняття сільськогосподарської продукції біопаливо відноситься до такої продукції. Проте таке твердження не узгоджується із нормами інших законодавчих актів. Зокрема, Закон України “Про альтернативні види палива” від 14 січня 2000 року<sup>2</sup> визначає, що біопаливо – це тверде, рідке та газове паливо, виготовлене з біологічно відновлювальної сировини (біомаси), яке може використовуватися як паливо або компонент інших видів палива. В свою чергу біомаса – це біологічно відновлювальна речовина органічного походження, що зазнає біологічного розкладу (відходи сільського господарства (рослинництва і тваринництва), лісового господарства та технологічно пов’язаних з ним галузей промисловості, а також органічна частина промислових та побутових відходів. Тобто, як зазначає Є. Голомозий, виходячи із буквального розуміння норм цього закону біопаливом може визнаватися лише продукт переробки відходів, і не може ним визнаватися продукт переробки високоенергетичних культур<sup>3</sup>.

Для уникнення невідповідності слід визначити, що сільськогосподарська сировина – це сільськогосподарська продукція, яка підлягає подальшому переробленню; біопаливом може визнаватися паливо, що виробляється також із сільськогосподарської сировини. Таким чином, сільськогосподарська сировина для виробництва біопалива – це сільськогосподарська продукція, яка придатна та підлягає подальшому переробленню для виробництва твердого, рідкого та газового палива, яке може використовуватися як паливо або компонент інших видів палива.

<sup>1</sup> Єрмоленко В. Сільськогосподарська продукція як аграрно-правова категорія // Підприємництво, господарство і право : Науково-практичний, господарсько-правовий журнал / Ін-т приватного права і підпр-ва АПРН України та ін. – К: 2006. – № 6. – С. 61.

<sup>2</sup> Закон України “Про альтернативні види палива” від 14 січня 2000 року // Відомості Верховної Ради України від 24.03.2000 р., № 12, стаття 94.

<sup>3</sup> Голомозий Є. В. Деякі правові проблеми виробництва біопалива в Україні / Є. В. Голомозий // Форум права. – 2013. – №1. – С. 197. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2013-1/13gevbu.pdf>.

## ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ПОНЯТТЄВО-КАТЕГОРІЙНОГО АПАРАТУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Соціально-економічні перетворення вимагають істотних змін механізму правового регулювання сучасних конституційних відносин, пошуку й застосування нових правових засобів. Конституційні реалії диктують свої правила, вносять у правове регулювання предмета конституційного права свої закономірності, зумовлюють нові підходи до юридичного опосередкування конституційного процесу. Тому велику роль відіграє чітке, коректне використання відповідного поняттєвого апарату й термінології конституційного права.

Розвиток поняттєво-категорійного апарату права тією чи іншою мірою відображає особливості сучасного етапу наукового прогресу, а відповідно – і характерні риси ринкової економіки. Зрештою, позитивні зрушення щодо впровадження засад конституціоналізації у чинне законодавство значною мірою залежать і від уніфікації поняттєво-категорійного апарату<sup>1</sup>. Питання теорії сучасного конституціоналізму мають реалізовуватися з урахуванням змісту, цільового призначення основних функцій конституційно-правових понять, категорій та їх визначень, а також форм їх взаємовідносин із практикою правового регулювання. В дійсності система цих функцій утворює таку конструкцію: а) функція пізнання явищ конституційно-правової дійсності; б) функція внутрішньої організації нагромаджених знань за допомогою поняттєвого апарату конституційного права; в) функція відображення предмета конституційно-правової науки; г) функція вироблення науково обґрунтованих рекомендацій щодо підвищення ефективності конституційно-правової дійсності, а також моделювання життєво необхідних норм для життєдіяльності суспільства.

Саме тому дослідження системи категорій і понять сучасної конституційно-правової науки, аналіз їх змін є актуальними і цікавими. Поняттєво-категорійний апарат надає якісної визначеності правовому науково-теоретичному мисленню, фіксує структуру фундаментальних знань про право і логіку їх розвитку, що виявляється у формуванні, зв'язках і системі юридичних понять – категорій.

Логічною формою закріплення конституційно-правових знань є система понять, що розробляються цією наукою. Саме поняттю відведена певна роль у розв'язанні завдань, які стоять перед наукою конституційного права на су-

---

<sup>1</sup> Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України : моногр. / [наук. ред. Ю. С. Шемшученко, відп. ред. Н. М. Пархоменко]. – К. : Юрид. думка, 2013. – С. 4.

часному етапі у процесі подальшого вдосконалення й ефективного правового регулювання конституційно-правових відносин. Це передбачає, передовсім, необхідність глибокої і досить ґрунтовної наукової розробки питань поняттєво-категорійного апарату конституційного права.

Не буде перебільшенням сказати, що в українській науці конституційного права проблему конституційно-правових понять спеціально не досліджували і не вивчали<sup>1</sup>. Поряд з іншими аспектами поняттєво-категорійний апарат конституційного права відображено у працях переважно загальнотеоретичного характеру. Зокрема, основні юридичні поняття загальнотеоретичної юриспруденції (які стосуються й конституційного права) розглядали у своїх працях такі видатні вчені-правознавці, як О. Васильєв, В. Жеребкін, Т. Кашаніна. Інші вчені (В. Готт, Ф. Землянський, М. Розенталь) розкривали філософський аспект цієї проблеми. Ряд науковців, які вивчають питання конституційного права, досить ґрунтовно зосереджують свою увагу на теоретичних підвалинах цієї галузі права, проте не розкривають сутності і значення конституційних понять як основних елементів поняттєво-категорійного апарату конституційного права. Отже, об'єктом спеціального дослідження ця проблема ще не була, особливо за умов якісного реформування конституційно-правових відносин, переходу до нового етапу конституційного процесу та правової держави загалом. Проблема специфіки конституційно-правових понять тільки порушена і потребує глибокого та всебічного дослідження.

Варто зазначити, що конституційно-правова наука є не тільки пізнавально-теоретичною, вона ще й “творча” у сенсі безпосереднього активного впливу на законодавство і практику його застосування (з огляду на принцип верховенства Конституції України). Вказана властивість досягається звичайно за допомогою її поняттєво-категорійного апарату.

Взагалі поняттєво-категорійний апарат конституційного права становить певну суму окремих елементів – понять, категорій, термінів, а також їхніх визначень. Виділення серед понять окремих груп – категорій і термінів – методологічно важливе, оскільки це дасть змогу з'ясувати значення і провідну роль понять у конституційному праві та відвести їм відповідне місце в системі цієї науки.

Конституційно-правові поняття – це результат форми мислення, тобто логічні узагальнення, що відображають найважливіші властивості, ознаки, зв'язки та відносини однорідних і складних явищ та процесів конституційно-правової дійсності.

З приводу значення конституційно-правових понять в системі поняттєво-категорійного апарату конституційного права потрібно сказати, що вони виступають і ядром, серцевиною усього апарату (у вигляді основних категорій),

<sup>1</sup> В зарубіжних дослідженнях актуальним питанням поняттєво-категорійного апарату конституційного права присвячено праці Н. А. Богданової (див., напр.: Богданова Н. А. Система науки конституционного права / Н. А. Богданова. – М. : Юрист, 2001).

і простою ланкою апарату, найменшим структурним елементом цілісної системи. І будучи відпрацьованим на справді науковій основі, будучи вираженням певного ступеня пізнання правової дійсності, конституційно-правові поняття слугують разом засобом подальшого поглиблення наших знань та орієнтиром у практичній діяльності.

Окрім конституційно-правових понять, наука конституційного права оперує визначеними, властивими лише їй особливими, специфічними категоріями. Конституційно-правові категорії — це найзагальніші, фундаментальні поняття, в яких відображаються найвагоміші риси конституційно-правової дійсності, закріплюються знання, які мають істотне значення і які, зважаючи на це, становлять постійну частину, основу науки конституційного права.

На останні, як найбільш загальні, основні, фундаментальні поняття, припадає головний тягар в поняттєвому апараті конституційного права. Вони мають всезагальне значення. Конституційні категорії є різновидом конституційних понять і становлять основне стійке теоретичне ядро конституційного права. Вони поступово виділяються з усієї сукупності як поняття найзагальніші за обсягом і можливостями продуктивного використання в пізнанні наукових явищ, а тому є найбільш значущими за роллю в конституційно-правовій науці.

Практика використання термінів “категорія” і “поняття” довела, що в одних випадках їх розуміють як синоніми, а в інших — як взаємозаперечні. Протилежність, антиномічність вживання одних і тих самих термінів веде до постановки проблеми співвідношення понять і категорій або, найімовірніше, є вираженням такої проблеми. Ці терміни за змістом мають між собою спільні і відмітні риси. На нашу думку, спільне полягає в тому, що і перші, і другі, якщо обмежитись рамками права, мають більш широкий характер. Відмітність же полягає в тому, що поняття як форма логічного мислення мають “права громадянства” у будь-якій конкретній науці. Категорії — це ті ж поняття без цього “права громадянства”. Окрім того, категорії мають ширший характер, бо вони охоплюють, тобто відображають, і сферу мислення, і його об’єктивний зміст. Прикладом може бути основна, базисна категорія конституційного права — “конституція”. Термін “конституція” для конституційного права є, безперечно, категорією, тому що саме цей термін “вибудовує” поняттєву систему науки конституційного права і в аспекті наповнюваних її компонентів (блоків), і з позицій відносин, що склалися. Основне навантаження такої категорії полягає в забезпеченні цілісності науки та її провідної ролі в юриспруденції. Ця категорія безпосередньо пов’язана з кінцевою метою теоретичного пізнання конституційно-правової дійсності як об’єкта науки конституційного права — з формулюванням і розкриттям сутності поняття конституційного права. Як поняття термін “конституція” відображається в інших галузях права: цивільному, адміністративному, кримінальному праві (де цей термін має похідне, другорядне значення). Проте разом зі спільними та відмітними рисами понять і категорій конституційного права ми не повинні нехтувати їх особливими функціями, які вони виконують

у пізнавальному процесі і завдяки яким стоять не просто поруч, а кожна займає своє місце в цілісній структурі пізнання конституційно-правового буття. Утім, посилення соціологічного, політичного підходів в дослідженні об'єктів конституційно-правової дійсності істотно позначається на введенні в систему науки конституційного права нових понять. З цих позицій поняттєвий апарат конституційного права може бути перенасичений категоріями соціології і політології, що не дозволить віднайти вдалі пропорції власних і запозичених понять. Правильно визначене співвідношення багатов в чому залежить від скерування розвитку конституційно-правової думки, а також від ступеня впливу політики на конституційно-правове знання.

Насамкінець зауважимо, що розроблення чіткого категорійного апарату – важлива проблема не тільки конституційного права, а й правознавства загалом. Виходячи із цього, потрібно плідно розвивати українську конституційно-правову науку, яка сьогодні гостро, як ніколи, потребує узагальнень, оцінок та висновків. На порядок денний стало питання інвентаризації правових категорій і понять, їх нового переосмислення, дослідження низки принципово нових аспектів права, викликаних новими реаліями. І розгляд саме цих питань варто починати з удосконалення чинного законодавства, насамперед Конституції України. Адже поява нових інституційних викликів (як-от створення Конституційної Асамблеї в Україні) лише ускладнює ситуацію, спонукає науковців і політиків до пошуку шляхів виживання і подальшого розвитку українського конституціоналізму.

**Даниела Пожар,**  
преподаватель кафедры частного права  
Бэлцкого Государственного Университета им. Алеку Руссо,  
Республика Молдова  
pojardaniela1978@gmail.com

## **SOME REFLECTIONS UPON THE SUBJECTIVE RIGHT DOCTRINE**

### **/ Деякі роздуми про доктрину суб'єктивного права**

*Метою статті є аналіз теоретичних аспектів доктрини суб'єктивного права. Суб'єктивне право відрізняється від позитивістської норми. Узв'язку з цим правова думка постійно шукає визначення терміну “позитивне право”, його можливостей і правової природи, елементів, які відрізняють його від позитивного права.*

**I**t is obvious that subjective rights are organically related to the objective right, because the subjective rights do not exist without being stipulated in legal norms. The objective right existence would remain meaningless too, if the requirements of its norms would not be achieved through subjective rights in interhuman relationships. Therefore, the objective and subjective rights, as fundamental notions of law, are not

only contradictory ones, but they are interdependent: the objective rights correspond, in legal plan to the subjective rights<sup>1</sup>.

Mircea Djuvara insists on the same thing: the subjective right could not exist without the objective one and vice versa, and the problem of prioritizing one of them is an artificial one, but the perspective from which it is treated is decisive on the conclusion which we are going to formulate. If substantiating the analysis in terms of generalization, there are no doubt that the objective law would be generator of subjective rights, the legal documents, are in this sense, the source of human rights. But if we refer to the individual's point of view, the situation changes, for its right is manifested and exercised real life - in some cases - even independently of legal norm.

The romanian scientist Gheorghe Mihai considers that the objective right appears like a part of positive law consisted of legal norms<sup>2</sup>, at the same time, it does not limit the objective law only when referring to legislation and circumscribing to the last the customary law and jurisprudence in those legal systems where they are considered otherwise.

Referring to the meaning explanation of *the objective right* the reputed Romanian jurist Ion Deleanu stated: "Qualifying the term *right* by associating the word *objective*, we do not simplify, but even complicate the understanding of this notion. The term *objectification* has also various meanings, deriving from the ways of reporting the subject to the object (ontological, gnosiological, psychological meaning, etc.). Right is an objectification itself. They represent the the objective essence of interests in aggregate, belonging to certain social groups or to the entire community.

Broadly speaking, the social law, which involves the need of behavioral adjustment, although objective, is the product of human activity and it acts only through them. *Voluntas facit legem.*"<sup>3</sup>. Further, the above-mentioned scientist states: "The right in the ontological meaning, has not an objective nature, but a values system nature, which once made due to individuals' volition and expressing their interests, reflect qualitative amount of these interests, acquiring a relative independence towards them"<sup>4</sup>.

It is obvious that the objective right participates together with the subjective right in forming and reforming the law, as well as its content, but the positive law can be analyzed both, in terms of its objective dimension and in terms of its subjective dimension, or: as Ion Deleanu says "*ab origin*, the rights and duties are objective. They are resubiectivated through their distribution to some determined individuals. On the other hand, since there are subjective rights and duties arising directly from legal norms, without an existing determined relation, it seems that it is not of essence of subjective rights and duties that they arise from a concrete legal relation"<sup>5</sup>. In

<sup>1</sup> I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988, pg.39.

<sup>2</sup> Gh. Mihai, *Teoria Dreptului*, Ed. All Beck, București, 2004, pg.98.

<sup>3</sup> I. Deleanu, *op.cit.*, pg. 7.

<sup>4</sup> I. Deleanu, *op.cit.*, pg. 8.

<sup>5</sup> I. Deleanu, *op. cit.*, pg. 10.



other words, the law principles are determined by those two elements, in such a way conferring a specificity to the positive right.

The famous jurist Ion Deleanu in his effort to give a definition of subjective rights, starts from the definition of the legal situation as being the totality of rights and obligations which every citizen has, according to the law<sup>1</sup>, believes it would be preferable not to define the term of *objective right*, but that of *legal objective situation*, a notion which denotes all the legal norms which make up the law, norms which regulate the rights and duties. In this context, subjective rights would become subjective legal situations that would mean the materialized rights and duties on the account of some law individuals. We would obtain in such a way, the author asserts, an integrating overview of the work of creation and application of the law<sup>2</sup>.

The Moldovan legislator does not define this institution, it just makes a reference to this notion in art. 198 of the Civil Code, which gives the notion of the conservation act, which means an act which aims to prevent the loss of a civil subjective right.

A doctrinal definition establishes that the subjective right designates a legal individual faculty of a person towards an other person<sup>3</sup>, a prerogative that has as basis the legal norm that derives from it and belongs to the determined subject of law.

Subjective right – as a prerogative - may belong or not to a specific individual of law, as far as this one has the legal capacity to have that attribute. So, the objective right creates the legal framework, by specific commercial norms for an individual to acquire subjective rights specific to the associate quality of a company (commercial society). However, these subjective rights can be obtained only by individuals with full legal capacity who have not been convicted for fraudulent management, abuse of trust, forgery, use of forgery, deceit, dilapidation, perjury, giving or taking bribes.

A subject of law can be both individual and legal person. There are no general limitations for certain categories of individual or legal persons to have subjective rights. In particular, stateless persons, for example, have no voting rights, and judges can not be associate to companies. Similarly, in the case of legal entities, these have a very broad field of subjective rights, each individual of law has different prerogatives, position of consecrated principle of the use ability specialty of the legal person.

So that the subjective right appears as an advantage on the recovery or the defense of one's own inters, as an advantage created or recognized by the legal norms in force, which is deduced and capitalized by the subject of law<sup>4</sup>.

So, the subjective right involves an interest. This truth is established formally in different branches of law. In this way, the Civil Procedure establishes the principle that stipulates that there is no action without interest. The first condition for someone to sue an action is to have an interest, but its absence has as a result the action dismiss.

<sup>1</sup> Ibidem, pg. 11.

<sup>2</sup> Ibidem, pg.4-15.

<sup>3</sup> M. Djuvara, apud I. Deleanu, *cit.*,pg. 10-15.

<sup>4</sup> Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Dreptul subiectiv. Izvoare ale drepturilor subiective*, Vol.IV, Ed. All Beck, București, 2005, pg.23.

The civil law enshrines, in its turn, the principle that stipulates that there is no valid convention without any interest.<sup>1</sup> But not every interest is law, only the one that is protected by law, whose matter of law has the legal means to appeal the court in order to to capitalize and perform law.

If the law is the one that gives legitimacy and legality to the interest, the question is whether the legislature – obliged to make laws appropriate to an organized society - understands that it is his obligation do the task, having somewhere, at the other end of legal relation, the correspondent of a law to have the best rights to pretend. If we consider the legislative power as a task, a mission, as a duty of the legislature, it means that his task becomes an obligation.<sup>2</sup>

In a word, the two notions, the one of subjective right and that of competence are subsumed under the so-called “power of law.” Both subjective right, a prerogative about the provision of a value, as well as the competence, a prerogative about the execution of a certain function or power, are powers of law.<sup>3</sup>

The subjective right is an essential institution of law. If the objective right, analyzed in terms of its universality, recognizes and enshrines fundamental human subjective rights, then the subjective right is “the power that each individual has to pretend as his faculties, his skills and his powers that are not restricted by law, would be not only respected, but supported by the society, when they were translated in creative volition acts through its legal bodies in order to brought to fruition effects of created relations”.<sup>4</sup> The universality problem of the objective right is related to temporality, but the objective right in force defines between the past and future a prescribed and authorized present.

The rights are conferred only to fulfill an ideal of the right holder, being absolutely contrary to the reason that that rights are conferred in order to satisfy personal paltry interests contrary to the spirit and essence of law.

“In all cases a right should be exercised in such a fashion that the result of the exercise remains within a scope judged reasonable in the light of the prevailing social conscience. When a conduct by one who purports to do so fails to show social reasonableness and when the consequential damages to others exceed the limit which is generally supposed to be borne in the social life, we must say that the exercise of the right is no longer within its permissible scope. Thus, the person who exercises his right in such a fashion shall be held liable because his conduct constitutes an abuse of right.”<sup>5</sup>

<sup>1</sup> I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Vol.I, Ed. C.H. Beck, București, 2005, pg.134.

<sup>2</sup> I. Micescu, *Drept civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2001, pg.113.

<sup>3</sup> D.C. Dănișor, I.Dogaru, Gh.Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed.C.H.Beck, București, 2006, pg.265.

<sup>4</sup> M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. All, Bucuresști, 1998, p.25.

<sup>5</sup> Saiko Saibansho minji hanreishu. 1067 (Sup. Ct., 27 June 1972), translated in K. Sono & Y. Fujioka, “The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan” (1975) 35 La. L. Rev. 1037 at 1037 [emphasis in original], <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4115&context=lalrev>, last access at 23.09.2014

In the light of the above, it is necessary legally enshrining the principle of good faith performance under social role theory of abuse of rights and law.

As a conclusion of all above mentioned, it is necessary, by legal means, to enshrine the principle of good faith execution, according to the social role of law and the theory of abuse of rights.

**Олег Простибоженко,**

асистент кафедри цивільного та трудового права  
Київського університету права НАН України  
pro\_oleg@ukr.net

### **“ДОГОВІР В ІНТЕРЕСАХ СІМ’Ї” У МАЙНОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ПОДРУЖЖЯ: СПРОБА КОНЦЕПТУАЛЬНОГО ОСМИСЛЕННЯ**

З прийняттям у 2002 році Сімейного кодексу України (далі – СК України) було оновлено правове регулювання майнових правовідносин подружжя, спрямоване на забезпечення балансу інтересів всіх учасників та заінтересованих осіб таких правовідносин. Категорія “договір в інтересах сім’ї” не є новою для сімейного законодавства України, оскільки аналогічне законодавче формулювання (“зобов’язання одного з подружжя, видане в інтересах сім’ї”) зустрічалася в ст. 31 КпШС УРСР, присвяченій правому регулюванню звернення стягнення на майно подружжя. Однак зміст даної категорії не розкривався в радянському законодавстві та науці сімейного права, а тому вона набувала ознак оціночного поняття, яке залежить передусім від розсуду суду. В сучасній науці сімейного права дослідники зазвичай обмежуються цитування змісту нижчезазначених статей<sup>1</sup> або вказівкою на мету такої норми<sup>2</sup>.

В чинному СК України досліджувана категорія зустрічається в низці статей, які дозволяють окреслити її зміст. У відповідності до ч. 3 ст. 61 СК України якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім’ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об’єктом права спільної сумісної власності подружжя. Згідно з ч. 2 ст. 73 СК України стягнення може бути накладено на майно, яке є спільною сумісною власністю подружжя, якщо судом встановлено, що договір був укладений одним із подружжя в інтересах сім’ї і те, що було одержане за договором, використано на її потреби. Особливе місце займає ст. 65 СК України, яка передбачає, що дру-

<sup>1</sup> Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України : пер. з рос. / С. В. Ківалов, Ю. С. Червоний, Г. С. Волосатий та ін. ; за ред. Ю. С. Червоного. – К. ; О. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 116-117, 124; Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавель Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 191-192, 205, 229.

<sup>2</sup> Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К. : Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – С. 139, 145.

жина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, за взаємною згодою. При укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена. Договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї.

Результати аналізу зазначених норм дозволяють окреслити концептуальний зміст категорії “договір в інтересах сім'ї”. По-перше, суб'єктом договору в інтересах сім'ї є лише один з подружжя, про що чітко йдеться в ст.ст. 61, 65, 73 СК України.

По-друге, об'єктом такого договору є спільне майно подружжя, що впливає зі змісту ч. 4 ст. 65 СК України. Така позиція обґрунтовується предметом правого регулювання ст. 65 СК України, а саме: право подружжя на розпорядження своїм майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності.

По-третє, договір в інтересах сім'ї укладається одним з подружжя без згоди другого з подружжя, але стосовно їх спільного майна. Надання згоди другим з подружжя на укладення договору автоматично означає наявність інтересу сім'ї, оскільки подружжя уособлює собою суб'єкта спільної власності. Відтак використання терміну “договір в інтересах сім'ї” стосовно правочину, укладеного за згодою обох з подружжя, але оформленого на ім'я одного з них, є безпідставним.

По-четверте, виділення в національному сімейному законодавстві категорії “договір в інтересах сім'ї” пов'язане передусім з правовими наслідками. Системне тлумачення ч. 1 ст. 60, ч. 4 ст. 65 і ч. 2 ст. 73 СК України дає підстави для висновку, що для того з подружжя, хто не давав згоди на укладення такого договору, правові наслідки диференціюються, а саме: право спільної сумісної власності на набуте майно виникає в такого з подружжя незалежно від його волевиявлення щодо такого договору, а обов'язки за таким договором – лише у разі його подальшого схвалення, в т.ч. своїми конклюдентними діями, зокрема, шляхом використання набутого майна. Тобто, чинне сімейне законодавство України встановлює виняток з презумпції виникнення права спільної сумісної власності в частині обов'язків, на які режим спільності поширюється лише у разі наявності згоди на це іншого з подружжя.

Отже, договір в інтересах сім'ї – це правочин, який вчиняється одним з подружжя без згоди іншого за рахунок спільного майна подружжя, створюючи

при цьому зобов'язання для того з подружжя, хто не давав своєї згоди на його укладення, лише у разі подальшого схвалення ним такого правочину. Враховуючи вищезазначене, договір в інтересах сім'ї доцільно розглядати як окрему концепцію, що регламентує особливості застосування презумпції спільності майна подружжя.

Мета запровадження в національне сімейне законодавство концепції договору в інтересах сім'ї має кілька складових. По-перше, це забезпечення стабільності цивільного обороту шляхом чіткої регламентації умов виникнення прав і обов'язків у кожного з подружжя. По-друге, вона спрямована на захист прав третьої особи – набувача прав за договором, укладеним одним з подружжя щодо спільного майна. Наприклад, у разі відчуження одним з подружжя спільного майна без згоди іншого набувач отримує додатковий засіб захисту, якщо судом буде встановлено участь другого з подружжя у використанні отриманих коштів за таким договором, що за змістом ч. 4 ст. 65 СК України означатиме погодження ним договору. Це новела національного сімейного законодавства, яка не була відома радянському сімейному праву, на відміну від аналогічного підходу щодо виникнення спільності зобов'язань подружжя, регламентованого ст. 31 КпШС УРСР і ст. 73 СК України. Зрештою по-третє, слід погодитися із З. В. Ромовською, що вона покликана гарантувати права того з подружжя, хто не давав згоди на укладення договору, шляхом унеможливлення покладення на нього зобов'язань без його згоди, оскільки раніше вимога, заснована на договорі, який укладено одним з подружжя, пред'являлася і до другого з подружжя<sup>1</sup>.

Таким чином, концепція договору в інтересах сім'ї відображає намагання законодавця забезпечити баланс інтересів набувача майна і того з подружжя, хто не давав згоди на укладення такого договору, сприяючи в такий спосіб стабільності цивільного обороту.

У зв'язку з цим, доцільно звернути увагу на підхід законодавця до регулювання надання згоди другого з подружжя на укладення договору. Формулюючи в ч. 1 ст. 65 СК України принцип взаємної згоди обох з подружжя при розпорядженні спільним майном, в ч. 2 цієї статті законодавець закріплює презумпцію такої згоди. Враховуючи таку презумпцію наслідком відсутності згоди одного з подружжя при укладенні договору є його оспорюваність, а не нікчемність, що також спрямовано на забезпечення стабільності цивільного обороту. Вочевидь, якби в законодавстві України була відсутня вказана презумпція, то наслідком укладення договору щодо спільного майна без згоди другого з подружжя мала б бути нікчемність такого договору. Недоліком вищезазначеної правової конструкції є утрудненість або навіть неможливість захисту своїх прав тим з подружжя, без згоди якого було укладено договір. Фактично судовий захист можна

<sup>1</sup> Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – С. 145.

отримати лише щодо майна, договори з яким підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, а також щодо “цінного майна”, поняття якого є оціночним і залежить від розсуду суду. Враховуючи зазначене, той з подружжя, хто не давав згоди на укладення договору, має менше можливостей для захисту своїх прав порівняно з набувачем майна за таким договором.

Попри позитивні сторони запровадження концепції договору в інтересах сім'ї також зумовило виникнення низки проблемних питань. Зокрема, чіткого окреслення потребує і наповнення юридичним змістом потребує категорія “інтересу сім'ї”. У зв'язку з цим незрозумілими є правові наслідки договору, укладеного одним з подружжя не в інтересах сім'ї, особливо у випадку набуття майна одним з подружжя за таким договором. Також дискусійним є правовий режим майна як відчуженого, так і одержаного за договором в інтересах сім'ї, якщо в подальшому другим з подружжя не було схвалено такий договір, оскільки національне сімейне законодавство не передбачає можливість визнання такого майна особистою приватною власністю одного з подружжя. Враховуючи обмежений розмір даних тез, окреслене коло питань стане предметом майбутніх досліджень.

**Олена Радь,**

к.ю.н., асистент кафедри трудового,  
аграрного та екологічного права юридичного факультету  
Львівського національного університету імені Івана Франка  
olenakit2@gmail.com

## **НОРМАТИВНІ АКТИ СУДОВОЇ ВЛАДИ – НОВЕ ПОНЯТТЯ В ТЕОРІЇ ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА**

Сучасний розвиток вітчизняної правової науки характеризується зміною підходів щодо наділення актів судової влади властивостями джерел права. І якщо раніше цим актам відводилась лише роль із тлумачення та застосування правових норм, то вже сьогодні чимраз більше науковців переконливо доводять, що судова нормотворчість є неодмінною передумовою ефективного правового регулювання.

Противники визнання можливостей судових органів створювати норми права переконані, що акти судової влади не є джерелами права, тому що їм не властиві ознаки останніх. Адже, на їхню думку, єдиним і основним призначенням суду є здійснення правосуддя, і аж ніяк не нормотворення. Однак погоджуватись із таким твердженням немає підстав. В обґрунтування пропонуємо розглянути загальнотеоретичні ознаки джерел права і з'ясувати, чи властиві вони актам судової влади. Враховуючи різноманітність наукових підходів щодо загальнотеоретичних ознак джерел права, вважаємо за необхідне виокремити основні, тобто ті, що пропонуються науковцями найчастіше.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Відтак, джерелами права є ті акти, що:

- закріплюють результат волевиявлення спеціально уповноваженого органу – норму права (нормативність);
- офіційно опубліковані у друкованих чи електронних виданнях органів судової влади (загальнодоступність);
- мають загальнообов'язковий характер (загальнообов'язковість);
- викладені в письмовій формі та відповідають встановленому змісту (формативність).

Ці загальні ознаки характерні всім без винятку джерелам права, а також притаманні актам судової влади, які ухвалюються за результатами судового нормотворення.

Нормативність правового акта проявляється у кількох аспектах. Джерелом права є той правовий акт, який поширює свою дію на неперсоніфіковане коло суб'єктів, розрахований на невизначену кількість застосувань та фіксує результат нормотворчої діяльності – норму права. Створення такої правозастосовним органом (судом) можливе у випадку формулювання нового правила поведінки. А це, відтак, призводить до зміни уже існуючого правового регулювання.

Як приклад судового нормотворення, наведемо положення п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами трудових спорів № 9 від 6 листопада 1992 р., згідно з яким фактичний допуск до роботи визнано укладенням трудового договору незалежно від того, чи було прийняття на роботу належним чином оформлене, якщо робота провадилась за розпорядженням чи з відома власника або уповноваженого ним органу. Відповідне положення у трудовому законодавстві відсутнє. Відтак, у результаті узагальнення судової практики, Пленумом Верховного Суду України було самостійно розроблено і схвалено правову норму, якою послуговуються суди при вирішенні відповідних категорій справ.

Створення норми права може бути наслідком офіційного тлумачення нормативно-правових актів Конституційним Судом України. Адже у результаті офіційного тлумачення нормативно-правових актів відбувається зміна правового регулювання шляхом визначення точних меж розуміння норми права. Зміст норми права конкретизується та розширюється, що засвідчує її перетворення та зміну.

Створення норми права, що зумовлює модифікацію правового забезпечення, також простежується у випадку ухвалення судовою владою актів, якими закони, інші правові акти органів виконавчої влади та місцевого самоврядування або їх окремі положення визнаються неконституційними (конституційний судовий нормоконтроль) та нечинними (адміністративний судовий нормоконтроль). Скасування правового акта зумовлює припинення дії норми права і, як наслідок, породжує нову норму. Зміст останньої виражається через заборону застосовувати чи реалізовувати нормативно-правовий акт, який визнано не-

конституційним чи нечинним, що у підсумку призводить до зміни правового регулювання.

Акти судової влади, як і інші джерела права, повинні носити загальнообов'язковий характер, тобто поширювати свою дію на неперсоніфіковане коло осіб та носити обов'язковість застосування. Серед актів судової влади ознакою загальнообов'язковості наділені рішення та висновки Конституційного Суду України, рішення Європейського суду з прав людини, рішення судів загальної юрисдикції, що скасовують дію нормативних актів, а також рішення Верховного Суду України, прийняті за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування норм матеріального права. Адже положення відповідних законів безпосередньо вказують на їх обов'язковість, а також визначають процедуру їх офіційного оприлюднення. Загальнообов'язковість може бути встановлена як в законі, так і в акті судової влади.

Важливо, що акти судової влади, які містять норму права не вичерпують своєї дії фактом застосування. Тобто з моменту їх ухвалення передбачена можливість їх неодноразового застосування, адже вони закріплюють правила поведінки загального характеру, що звернені до невизначеного кола суб'єктів: усіх судових інстанцій та інших осіб у зв'язку з можливістю їх звернення до судових органів.

Наступною загальною ознакою джерел права, що властива також і актам судової влади, є їх загальновідомість. Вона проявляється в забезпеченні державою механізму інформування про зміст, сферу застосування правової норми, яка є результатом судового нормотворення. Доведення до відома адресатів положень актів судової влади відбувається шляхом їх офіційного опублікування у друкованих та електронних виданнях. Чимала кількість друкованих видань, а також офіційний веб-порталів була створена з єдиною метою – довести до відома широкого загалу зміст актів судової влади. Опублікування їх згідно з визначеними у законодавстві процедурами, спрямоване на досягнення стану загальної обізнаності суб'єктів права з положеннями відповідних актів. А це, у свою чергу, засвідчує їхню загальновідомість.

Крім уже наведених ознак, акти судової влади, в яких об'єктивуються норми права, є формально визначеними за змістом та формою. При цьому вимоги щодо їх внутрішньої побудови та зовнішнього виразу передбачені у законодавстві. Вибір зовнішньої форми виразу результатів судової нормотворчості обмежується видами актів, які в межах своєї компетенції можуть ухвалювати відповідні судові органи. Спільним для усіх цих актів буде письмова форма їх викладу.

Охарактеризовані ознаки судової нормотворчості доповнюють одна одну і є взаємообумовленими. Нормативність, загальнообов'язковість, загальновідомість та формальна визначеність притаманні не всім актам, які ухвалюються в процесі здійснення судочинства. Переважна їх більшість є результатом ви-



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

ключно правозастосовної діяльності судової влади України. Таким чином виникає потреба у виокремленні з загальної сукупності актів судової влади саме тих, які наділені зазначеними ознаками. Для позначення актів з цієї окремої категорії (групи) пропонуємо використовувати новий для правової науки термін “нормативний акт судової влади”. Вважаємо, що ним є офіційно опублікований правовий акт, який у письмовій формі закріплює результат діяльності судового органу із створення норми права, розрахований на невизначену кількість використань та адресований неперсоніфікованому, наперед не визначеному, колу суб’єктів. Відтак, нормативні акти судової влади заслуговують на визнання їх самостійним джерелом права.

**Євгенія Романюк,**

к.ю.н., молодший науковий співробітник відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
birzhakova@mail.ru

### ЮРИДИЧНІ КАТЕГОРІЇ ТА ПОНЯТТЯ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

У сучасний складний період розвитку України як демократичної держави, розбудови громадянського суспільства та активного формування його правового фундаменту виникає необхідність удосконалення юридичної термінології. Вироблення юридичного понятійно-категоріального апарату, його коригування, наповнення новим і більш досконалим змістом, упровадження його в нормотворчу та правозастосовну практику – результат інтелектуальної діяльності вчених багатьох галузей права, і в першу чергу – науки теорії держави і права.

Особливість юридичних категорій і понять у порівнянні з іншими суспільними науками полягає в тому, що визначення та істотні ознаки основних з них закріплюються в законі. Це стосується більшості понять, які розробляються спеціальними юридичними науками. Об’єктивуючись у праві, відповідні поняття виходять за межі виключно наукових уявлень, отримуючи ширшу суспільно-юридичну значущість. Така об’єктивізація є моментом переходу правових категорій в категорії права і є підставою для виявлення відмінностей між ними. Таким чином, що при вивченні категоріальної системи теорії права не слід ігнорувати відмінності між правовими категоріями і категоріями права. Навпаки, слід завжди пам’ятати про них <sup>1</sup>. Правові категорії відрізняються своєю фундаментальністю, представляючи собою логічну основу, навколо якої вибудовується система понять, їх логічний ряд; вони виконують роль свого роду системоутворюючих логічних ланцюгів, за допомогою яких наукове пізнання

<sup>1</sup> Васильєв А. М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права [Електронний ресурс] / А. М. Васильєв. – Режим доступу : <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=102>

проникає в сутність і зміст державно-правових явищ. Будучи включеними до складу нормативно-правового акту, правові категорії перетворюються на категорії права, які: по-перше, виявляються як загальнообов'язкові державні установки; по-друге, є не лише атрибутами абстрактного мислення, але і засобами регулювання суспільних відносин, як державний масштаб оцінки поведінки людей; по-третє, набувають здатності переносити загальні абстрактні вимоги на рівень практичних дій учасників правового спілкування.

Тому для загальної теорії держави та права дослідження понятійного апарату є не лише науковою, методологічною та логічною проблемою, але і завданням “виходу” до сфери правозастосування, розробки теоретичних основ удосконалення змісту законодавства.

У теорії права цілий ряд юридичних понять розглядається у певному взаємозв'язку, як взаємозалежні та взаємообумовлені категорії. Серед них, зокрема, право і правопорядок, норма права і правове відношення, матеріальне і процесуальне право, суб'єктивне право і юридичний обов'язок, правопорушення і юридична відповідальність тощо <sup>1</sup>.

Проте, буде помилкою говорити, що одна з цих категорій входить до змісту іншої. Кожна з цих пар категорій фіксує наявність беззаперечних зв'язків між цими правовими явищами. Тому важливо не просто співвідносити їх одну з одною, а здійснювати розгляд як парних категорій для отримання характеристики їх єдиної сутності. Таким чином, структура та розвиток парних юридичних категорій дозволяють виявити логічну форму теорії права.

Отже, якщо розглянути названі вище правові категорії з позицій зазначених загальнометодологічних установок, стає очевидним, що не всі з них можуть бути визначені як парні категорії. Так, зв'язок категорій “правопорушення” та “юридична відповідальність” хоча і фіксує певні причинно-правові залежності між правопорушенням і юридичною відповідальністю, але зв'язку між протилежними сторонами однієї сутності не виражає. Тут представлені різні правові явища, які не протистоять одне одному як крайнощі, тому їх понятійне віддзеркалення не може розглядатись як зв'язок парних правових категорій <sup>2</sup>.

Або, наприклад, у більшості випадків розуміння нормативності у вітчизняній літературі нерозривно пов'язане з категорією норми. Такий зв'язок навіть дозволяв деяким дослідникам ототожнювати ці дві категорії та визначати нормативність через поняття норми, змішуючи їх характеристики. “Нормативність і норма – поняття, що позначають однорідні явища”, – писав радянський теоретик права М. І. Байтін <sup>3</sup>.

Хоча нормативність і норма нерозривно пов'язані між собою, ці категорії не є тотожними. Норма є одиничним проявом нормативності, але далеко не

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Байтін М. И. О современном нормативном понимании права / М. И. Байтін // Журнал российского права. – М. : Норма, 1999. – № 1. – С. 101.

єдиним. Нормативність властива не лише правовим, а й іншим соціальним нормам, а тому і не може зводитись до них. Нормативністю наділені також принципи, свідомість, соціальні інститути тощо. Тобто нормативність, у даному контексті, розуміється як раціональна впорядкованість реальності, існування належного (нормального) стану речей, що відображає закладені в ньому загальнолюдські цінності.

Проблемні питання юридичних понять і дефініцій останнім часом набувають дедалі більшої актуалізації в нашій професійній свідомості. Сьогодні констатується необхідність інтенсифікації зусиль правознавців з розроблення відповідної системи дефініцій.

За допомогою мови (елементарною структурною одиницею якої є “слово”, “термін”) виражається будь-який нормативний припис. Тому необхідно, щоб зміст і обсяг термінів був зрозумілим для всіх суб’єктів права, які мають намір реалізувати свої права, свободи та інтереси, а також на яких покладаються відповідні обов’язки. Тому в процесі правотворення застосовуються законодавчі дефініції для забезпечення ясності та зрозумілості нормативного припису законодавця.

Нормативні дефініції даються поняттям і категоріям для гарантування юридичної безпеки будь-якої сфери суспільного життя.

Правові дефініції мали місце вже в римському праві та зберігали свою популярність як за часів розквіту права, так і в період середньовічної казуїстичності. На жаль, сьогодні, коли існує проблема чіткого формулювання юридичних дефініцій, у юридичних енциклопедичних виданнях визначення цього поняття відсутнє<sup>1</sup>.

Питання юридичних понять і дефініцій останнім часом набувають дедалі більшої актуалізації у професійній свідомості вчених-юристів. При цьому дискусії ведуться в діапазоні від логіко-методологічних проблем правових понять і категоріального ладу юриспруденції до лінгвістичних і формально-логічних аспектів юридичної техніки. Адже повсякденною практикою сучасного законодавця є цільове конструювання юридичних понять, особливо в нових для нашого суспільства сферах правового регулювання та галузях права, що розвиваються.

Значення нормативних дефініцій у забезпеченні правової визначеності підкреслюється не тільки на рівні правових систем окремих держав, а й на рівні Міжінституційної угоди між Європейським парламентом, Радою ЄС та Комісією ЄС щодо загальних настанов, спрямованих на забезпечення якості проектування законодавства. Чітке проектування законодавчих актів співтовариств є необхідним, оскільки такі акти мають бути прозорими та зрозумілими для громадськості та учасників економічних відносин. Це також є умовою імплі-

<sup>1</sup> Балтаджи П. М. Юридична мова правозастосовних актів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Балтаджи П. М. – К., 2008. – С. 65.

лементатії та однакового застосування актів законодавства співтовариства в державах—членах Європейського Союзу<sup>1</sup>.

Отже, правові поняття — це результат форми мислення, тобто логічні узагальнення, що відображають найсуттєвіші властивості, ознаки, а також зв'язки, відносини однорідних і складних явищ та процесів правової дійсності. Ще Г. Лейбніц стверджував, що математики рахують цифрами, а юристи оперують поняттями. Поняття — це основний засіб узагальнення в праві, вияв переходу від казуїстичного до абстрактного регулювання відносин. Поняття забезпечують однакове розуміння права, надають йому цілісності і послідовності. Тобто можна стверджувати, що кожне поняття мусить бути визначеним і мати єдине трактування. Саме поняття, його внутрішній зміст, обсяг і структура є логіко-смісловою основою для побудови термінологічного значення у вигляді дефініції, яка узагальнює найсуттєвіші ознаки і взаємозв'язки предмета або явища<sup>2</sup>.

“Теоретичний калейдоскоп” понять, дефініцій та правових конструкцій, так як і їх необґрунтована відсутність, призводять до невизначеності у розумінні правових явищ, що безпосередньо позначається на правовому регулюванні, породжує залежно від ситуації то правовий нігілізм, то правовий ідеалізм, то владний суб'єктивізм, то уяву про безсилля права, що заважає його адекватному розумінню та сприйняттю у нашому суспільстві<sup>3</sup>.

На жаль, навіть побіжний огляд понятійно-категоріального апарату юридичної науки свідчить про його незадовільну якість та необхідність удосконалення. Така ситуація зумовлена відставанням правової теорії, галузевих доктрин від сучасної дійсності правового регулювання.

**Євген Ромінський,**  
науковий співробітник відділу історико-правових досліджень  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
egomin@ukr.net

## **ОСОБЛИВІ РИСИ ДАВНЬОРУСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА КНЯЖОЇ ДОБИ: ПОДВІЙНІСТЬ ТА ПЕРСОНІФІКОВАНІСТЬ**

**В**шановуючи пам'ять видатного теоретика права, дослідника проблем законодавства академіка ВУАН Миколи Івановича Палієнка, ми звертаємося до теми історії вітчизняного законодавства.

<sup>1</sup> Оніщенко Н. М. Проблема ефективності законодавства та сучасний розвиток / Н. М. Оніщенко // Віче. — 2007. — № 12 (спецвипуск). — С. 5.

<sup>2</sup> Подорожна Т. С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції : [монографія] / Тетяна Станіславівна Подорожна. — Львів : ПАІС, 2009. — С. 14.

<sup>3</sup> Балаклицький І. І. Принципи права як дієві чинники його дії / І. І. Балаклицький // Шості юридичні читання. Правова культура, правова свідомість і право : матеріали Міжнар. наук. конф. (М. Київ, 22–23 квітня 2010 р.). — К. : Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2010. — С. 33.

Княжа доба (кінець X – поч. XIV ст.) в історії Давньої Русі слушно розглядається вченими як доба формування та розвитку єдиної загальноруської правової традиції, яка в подальшому дасть основу все більш віддаляючимся одна від одної північно-західній (Новгород та Псков), північно-східній (Володимирське, згодом Московське князівство) та трьома південно-західним (литовський, галицько-польський та молдавський) правовим традиціям. Саме тоді були закладені основні структурні елементи правової традиції, які сьогодні, дещо модернізуючи, можна було б назвати принципами правової системи. Двом рисам законодавства княжої доби і присвячена ця робота.

На відміну від усталеного на сьогодні в теорії держави і права підходу по розподілу соціальних регуляторів на правові, релігійні, моральні тощо, середньовічне суспільство відзначалося частковим змішанням цих регуляторів. Перш за все це було пов'язано із взаємною інтеграцією в християнських країнах монаршої та церковної влади. Не була виключенням в цьому питанні і Давня Русь.

Хоча до нас не дійшло жодного нормативного акта, який би надавав церкві право законодавчого врегулювання суспільних відносин, наявні джерела дозволяють стверджувати, що наявність такого права усвідомлювалася князем та суспільством.

Власне, княжа формула влади, його право на суд, управління та законодавчу діяльність вкладається в формулу “судити і рядити”. Літописи, грамоти, переклади іноземних творів (які, як тепер відомо, є зазвичай вельми авторизованими, на межі переказів), а також інші наративи знають цей вислів в багатьох формах та варіантах. Саме справедливий суд та ряд по праву є головними чеснотами князя. Так в “Житті Олександра Невського” до чеснот великого князя Володимирського віднесено “въправду судяи”<sup>1</sup>. Причому важливо те, що ця формула не є протиставленням – суд невіддільний від управління та законотворчості і не протиставляється їм. Право, а фактично в цю добу це одночасно і обов'язок, на суд є і правом на управління та правове регулювання.

Однак слід відзначити, що з часів Володимира Великого та Ярослава Мудрого право суду щодо окремих категорій населення було делеговане церкві. Крім того, церква мала право суду як землевласник, щодо земель якого діяло право імунітету від суду світського (бодай цей привілей і порушувався постійно щонайменше до XV ст.). Виходячи з вищевикладеного, наявність права суду одночасно означає і право управління та нормативного регулювання. Такий висновок не є результатом виключно наукових конструкцій. Середньовічні давньоруські автори вживали однаковий термінологічний апарат для характеристики судової та законодавчої діяльності князів, а рівно і такої ж діяльності

<sup>1</sup> Житие Александра Невского // Библиотека литературы Древней Руси / РАН. ИРЛИ; Под ред. Д. С. Лихачева, Л. А. Дмитриева, А. А. Алексева, Н. В. Поньрко. – СПб.: Наука, 1997. – Т. 5: XIII век. – 527 с. – Режим доступа: <http://www.pushkinskijdom.ru/Default.aspx?tabid=4879>

церковних осіб. Почнемо з того, що одна з вибірок на основі церковних статутів Володимира та Ярослава прямо вказує на вищевикладену формулу: “Сїи ряд и суд церковный уставили первии князи...”<sup>1</sup>. Ця ж формула використана у жалувальній грамоті князя Онуфрія, що датується можливо<sup>2</sup> п.п. XIV ст.: “судити и рядити игумену Иоаннскому самому з братиею”<sup>3</sup>. Крім того, слід згадати численні факти вживання терміну “устав” (статут), який зазвичай характеризує князівське законодавство, в якості визначення церковних настанов. Це і “Житіє Феодосія”, і “Шестиднів” Іоанна, і “Ізборник” 1076 р., і “Послання Климента Смолятича” тощо. Особливе місце в цьому переліку займає “Житіє преподобного Кирила Белозерського” в якому діяльність настоятеля описується такими словами: “кроме обычая и устава, яже блаженный Кириль уставиць бяше”, “И тако блаженный симъ уставом”, “Бяше же уставъ блаженаго Кириила” тощо<sup>4</sup>. Нарешті можна згадати ще більш пізні акти доби митрополита Кіпрана (кінець XIV ст. – поч. XV ст.), якими він встановлює певні правові норми.

З постаттю митрополита Кіпріана пов’язане і визнання та підтвердження законодавчих прав церкви у договорі між церковною та світською владою (так звана Докончальна грамота Великого князя московського Василя Дмитровича з митрополитом Кіпріаном 1404 р.). Головна ідея договору – підтвердження старих прав церкви, більшість з яких були встановлені ще в статутах князів Володимира та Ярослава. Крім цього можна згадати ще ряд грамот подібного змісту, як то Уставна та жалувана грамота галицького князя Льва Даниловича кафедральній церкві Успіння в Крилосі про земельні володіння, десятини, суди та церковних людей (1301 р.), Уставна грамота невідомого туровського і пінського князя про церковні десятини (не пізніше п.п. – сер. XIV ст.), Жалувана і тарханна грамота луцького і володимирського князя Любарта Гедеміновича соборній церкві Іоанна Богослова в Луцьку та єпископу луцькому та острозькому Клименту (1322 р.) тощо.

Усі названі пам’ятки були призначені для підтвердження раніше наданих церковних прав і в першу чергу тих норм, які були встановлені в церковних статутах князів Володимира та Ярослава. З точки зору сьогодення, нормативні акти однією з найважливіших характеристик своєї нормативності мають невизначеність дії в часі. Зміна влади не означає автоматичного припинення дії тих законів, що були прийняті попередньою владою. Давню Русь характеризує цілком протилежна ситуація. Якщо певні настанови попередніх князів не

<sup>1</sup> Древнерусские княжеские уставы. XI–XV века. – М.: Наука, 1976. – С. 203.

<sup>2</sup> Щодо проблеми датування грамоти див.: Полоцкие грамоты XIII – начала XVI вв. Вып. III / Сост. А. Л. Хорошкевич. – М.: Институт истории СССР, 1980. – С. 133–139.

<sup>3</sup> Полоцкие грамоты XIII – начала XVI вв. Вып. I / Сост. А. Л. Хорошкевич. – М.: Институт истории СССР, 1977. – С. 43.

<sup>4</sup> Житіє преподобного Кирилла Белозерського // Библиотека литературы Древней Руси / РАН. ИРЛИ; Под ред. Д. С. Лихачева, Л. А. Дмитриева, А. А. Алексеева, Н. В. Поньрко. – СПб.: Наука, 1999. – Т. 7: Вторая половина XV века. – 581 с. – Режим доступа: <http://www.pushkinskiydom.ru/Default.aspx?tabid=4883>

були підтверджені їх нащадками, їх роль як діючих норм права ставиться під сумнів. А от підтвердження попереднього порядку, особливо якщо він сприймався як вдалий, розглядається в полемічній літературі як велика чеснота. В “Слові про закон і благодать” митрополит Іларіон до числа важливіх чеснот князя Ярослава Мудрого відніс те, що той: “не рушаща твоих [батька – *Є.Р.*] уставъ, нь утвержающа, ни умаляюща твоемоу благоверию положення”.

Давньоруських підтверджувальних грамот майже не збереглося. Більшість їх відносяться вже до д.п. XIV ст. і пізніших часів. Втім маємо підтверджувальну грамоту до статуту Ростислава Смоленського для Смоленської єпископії<sup>1</sup>. Крім того, є ряд звісток літописів про підтвердження князями статутів своїх попередників: “и вда имъ волю всю и уставы старых князей, егоже хотяху [тобто, на прохання – *Є.Р.*]”<sup>2</sup>, “како уставиле преднии князи, тако платите дань”<sup>3</sup>. І це лише прямі вказівки на підтвердження статутів попередніх князів, на відміну від випадків, коли літопис розповідає про підтвердження грамот, тобто взагалі певних документів, серед яких можуть бути і статuti.

Ці звістки нормативних джерел та літописів доповнює повчальна література. Так, у вже згаданому “Житії” Кирила Белозерського зазначається, що блаженний Кирил ввів у своїй обителі новий порядок чернечого співжиття. Цей статут діяв за життя настоятеля. Особливо відмічено, що “Устави же не токмо же при своем животе ... но паче и по своем преставлении таковым не обретатися заповедавъ”<sup>4</sup>. Тож “устав”, встановлений настоятелем монастиря, був справою його правління. Той факт, що такий устрій зберігся і пізніше, автор “Житія” виділив окремо.

Отже в княжу добу домінували уявлення про пряму дію власне рішень правлячого монарха і правові документи були тісно пов’язані з їх авторами. Аби вони продовжували діяти по їх смерті, було потрібне підтвердження від нового князя. Така практика безсумнівно стала наслідком діючої в Давній Русі складної системи спадкування столів, коли місце попереднього князя займав не його син, що б забезпечувало спадковість влади, а брат, племінник чи навіть більш дальній родич, який мав більше прав відповідно до “листяного принципу”. Крім того, за столи не рідко йшла боротьба представників різних гілок роду Рюриковичів, які знаходилися у жорсткій опозиції одна одній. Звісно займаючи стіл після представника ворожої родини князі не лише не дбали про “спадковість влади”, а навпаки – усіма засобами пробували знищити все, що пов’язане з діяльністю попередника. Не дарма в праві сформувалося викладене в договорах Новгород та Полоцька зі своїми князями зобов’язання останніх

<sup>1</sup> Древнерусские княжеские уставы. XI–XV века. – М.: Наука, 1976. – С. 145.

<sup>2</sup> Новгородская первая летопись старшего и младшего изводов. – М.-Л.: Изд. АН СССР, 1950. – С. 248.

<sup>3</sup> Там же. – С. 274.

<sup>4</sup> Житие преподобного Кирилла Белозерского...

“судів та рядів” (варіант – грамот) не “посужувати”. Тобто не відміняти рішення попереднього князя, в т.ч. судові вироки та правові настанови.

Дещо менш напруженою була ситуація в сфері церковній. Вірогідно саме тому до нас дійшло всього два світські статuti (Ярослава Мудрого та Володимир Мономаха, більш відомі як “Руська Правда”), які були створені ще до середини XII ст., в той час як княжих статутів з церковних питань, а рівно і актів церковного законодавства відомо в декілька разів більше.

На завершення слід відзначити, що незважаючи на багаторазове звернення науковців до проблеми законодавства Давньої Русі княжої доби, вона все ще не може розглядатися як така, що є належним чином вивченою. Збільшення джерельної бази та зміна дослідницької парадигми з одночасним розширенням методологічної бази надають можливість по новому поглянути на названу проблему. Названі причини дають можливість також значно поглибити рівень аналізу, звернутися до наріжних каменів давньоруської правової традиції. І дана робота є спробою саме такого переосмислення основ давньоруського законодавства з метою визначення його базових принципів. Втім, це лише початок роботи.

**Євгенія Ружицька,**

аспірант відділу проблем цивільного, трудового і підприємницького права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького  
evgeniao.r@mail.ru

## **ПРАВА СПОЖИВАЧІВ: ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ**

Сьогодні, коли Україна має намір стати членом Європейського Союзу, питання щодо прав споживачів та їх захисту виноситься на одне з перших місць у державній політиці. У розвинутих країнах державна споживча політика визначає загальну економічну політику і є індикатором задоволеності населення діями й рішеннями органами державної влади. Розуміючи важливість споживчої політики для загального економічного розвитку, політичної і соціальної стабільності, країни – члени Європейського Союзу спільно формують цю політику, визначаючи її цілі, пріоритетні напрями і законодавче забезпечення, причому на рівні найвищих керівних органів ЄС. Це зумовлено тим, що забезпечення належного захисту прав споживачів спрямоване не лише на захист інтересів конкретного споживача, а й на вдосконалення соціального стану в державах.

Перш ніж говорити про права споживачів, необхідно визначити саме поняття споживач. Термін споживач зустрічається доволі часто, як у нормативно – правових актах, так і у науковій літературі.

Як зазначено в Законі України “Про захист прав споживачів”, споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має наміри придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов’язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов’язків найманого праців-



ника<sup>1</sup>. Виникло це поняття в результаті громадського руху, що одержав назву консьюмеризм. У результаті боротьби демократичних сил у 40-50 років у Франції, та у інших закордонних країнах стало формуватися право споживання. У французькій юридичній літературі воно розглядалося як галузь права, яка регулює відносини пов'язані із споживанням, незалежно виробничого чи споживчого характеру. З іншої точки зору, право споживання – це сукупність норм, спрямованих на захист інтересів рядового споживача товарів і послуг. При цьому під споживачем розуміють не підприємця, а фізичну особу, що придбає той або інший продукт або послугу не для своєї професійної діяльності, свого промислу, а з метою особистого або сімейного використання<sup>2</sup>.

Аналізуючи норму Закону України “Про захист прав споживачів”, слід зазначити, що споживачем може виступати фізична особа, яка не обов'язково повинна бути громадянином України, також це може бути іноземець або особа без громадянства. Таким чином можемо сказати, що юридична особа немає статусу споживача.

Хоча в юридичній літературі, свого часу, панувала думка, щодо розширення терміну “споживач”. У своїй праці Є. Корнилов зазначав, що доцільно б було внести зміни у поняття “споживач”, включивши в нього окрім фізичної особи ще й юридичну, обмеживши її при цьому межі застосування норм Закону сферою особистого споживання<sup>3</sup>, але ця спроба не увінчалася успіхом.

Вступаючи у відносини із продавцем або виконавцем споживач набуває права, які передбачені законодавством України, зокрема Законом України “Про захист прав споживачів”.

Взагалі, термін “право” вживається у різних значеннях. В одному з випадків право трактується, як сукупність діючих юридичних норм, в інших – право, це те, що належить певній особі, як суб'єкту певних правовідносин<sup>4</sup>. Таким чином, в юридичній літературі фігурує таке поняття, як суб'єктивне право, яке полягає у можливості задовольнити певним суб'єктам свої законні інтереси, відповідно до нормативно – правових актів.

Вперше визнання права споживачів отримали в резолюції Генеральної асамблеї ООН. Вперше права споживачів були сформульовані в Посланні Президента Сполучених Штатів Америки Джона Ф. Кеннеді до американського Конгресу 15 березня 1962 року. Ця подія стала історичною датою, оскільки голова виконавчої влади країни, проголосивши перевагу споживача перед виробником, узяв під свій захист інтереси споживачів і сформулював послідовний

<sup>1</sup> Закон України “Про захист прав споживачів” від 12.05.1991 №1023-ХІІ [електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>

<sup>2</sup> Крие А., Жаллз Ж. Внутрення торговля: Пер. С фр.-М.: Прогресс-Универс, 1993. – С. 84.

<sup>3</sup> Корнилов Э. Вопросы совершенствования законодательства о защите прав потребителей // Хозяйство и право. - 1999. - № 4. - С.68.

<sup>4</sup> Иоффе О.С. Советское гражданское право. - М.: Юрид. лит., 1967. - С. 87.

перелік прав споживачів, які з того часу стали застосовуватися не тільки у США, а й у всьому світі. Серед цих прав, зокрема, проголошувалися права споживачів: на безпеку – право на захист від продажу товарів, які несуть загрозу для життя чи здоров'я людини; на вибір – забезпечення в міру можливостей, різноманітними товарами за доступними цінами; на інформацію – захист від оманливої інформації, реклами тощо; бути вислуханим – право на те, щоб інтереси споживачів повною мірою і доброзичливо враховувалися при формуванні урядової політики і щоб справи неупереджено та оперативно розглядалися судовими установами.

Згодом до цього переліку додалися: право на освіту споживачів; право на сприяння економічним інтересам споживачів і захист цих інтересів; право на створення громадських організацій, спрямованих на захист прав та інтересів споживачів<sup>1</sup>.

Саме ці права в подальшому стали підґрунтям для розвитку та вдосконалення інституту захисту прав споживачів у кожній країні Європи.

В нашій державі права споживачів проголошено в статті 42 Конституції України: “Держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів”, в статті 50 передбачено: “Кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена”.<sup>2</sup> Окрім цього права споживачів зазначені у Законі України “Про захист прав споживачів”, який прийнято у липні 1991 року, де зазначено, що споживачі під час придбання, замовлення або використання продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб мають право на:

- 1) захист своїх прав державою;
- 2) належну якість продукції та обслуговування;
- 3) безпеку продукції;
- 4) необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію, її кількість, якість, асортимент, а також про її виробника, виконавця;
- 5) відшкодування шкоди (збитків), завданих дефектною чи фальсифікованою продукцією або продукцією неналежної якості, а також майнової та немайнової (моральної) шкоди, заподіяної небезпечною для життя і здоров'я людей продукцією у випадках, передбачених законодавством;

<sup>1</sup> Язвінська О.М. З історії розвитку консюмерського руху та законодавства у справах захисту прав споживачів// Вісник КДТЕУ. - 1998. - №2. - С.78.

<sup>2</sup> Конституція України: від 28.06.1996 №254к/96-ВР [електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

б) звернення до суду та інших уповноважених органів державної влади за захистом порушених прав;

7) об'єднання в громадські організації споживачів (об'єднання споживачів)<sup>1</sup>.

Цей перелік не є вичерпним, споживачі також мають інші права, так би мовити, спеціальні, які встановленні також на законодавчому рівні.

Таким чином, варто зазначити, що наша країна має певну законодавчу базу у сфері інституту прав споживачів, проте на практиці механізм реалізації споживачами своїх прав та їх захист в Україні діють не в повній мірі. Чинне законодавство України у галузі захисту прав споживачів, незважаючи на значні успіхи, поки що далеке від досконалості. На сьогодні актуальним постає питання щодо забезпечення ефективного застосування системи прав споживачів та їх захисту.

**Наталія Руколянська,**

к.філол.н., доцент кафедри соціально-гуманітарних дисциплін  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ  
n.rukolianska@gmail.com

## **ЛЕКСИКО-СЕМАНТИЧНІ КАТЕГОРІЇ НА ПОЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ СУМІЖНИХ ГАЛУЗЕЙ У ТЕКСТАХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

**Т**ермінологічний апарат сучасної української термінології кримінального процесуального права є результатом складного процесу номінацій, у яких поєднано екстралінгвальні й інтралінгвальні чинники. Дослідити семантичну організацію цієї термінології – це описати через визначення внутрішньої організації та зовнішніх зв'язків лексико-семантичні категорії (ЛСК), що утворюють цю систему, залежно від родових сем. Це сприятиме всебічному вивченню значеннєвих відношень лексем, фіксації особливостей семантичної структури окремих номінативних одиниць і всієї лексико-семантичної організації правової галузі, а також допоможе виявити закономірності семантичних процесів, що виникають у ній.

Попри підвищений останніми роками інтерес у суспільстві до юридичної термінолексики загалом, недостатньо дослідженою лишається субмова окремих українських галузей права як складників юридичної науки, у тому числі кримінального процесуального права (КПП). В історичному аспекті досліджено лексику кримінального процесуального права періоду Гетьманщини (Б. Р. Стецюк); поняттєвий апарат сучасного кримінального законодавства та питання вдосконалення його термінології (З. А. Тростюк); особливості формування,

---

<sup>1</sup> Закон України “Про захист прав споживачів” від 12.05.1991 №1023-ХІІ [електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>

специфіку способів номінації, лексико-семантичних і дериваційних процесів у термінології криміналістики (Л. Є. Гапонова) та ін.

*Мета доповіді* – визначити на матеріалі текстів статей чинного Кримінального процесуального кодексу України лексико-семантичної категорії на позначення понять суміжних правових галузей, описати їхню семантику та парадигматичні відношення між терміноодинацями.

Мова сучасних українських текстів КПП формується не лише різними за значенням базовими номінативними одиницями, які є її ядром та відтворюють поняттєву специфіку галузі, а й залученими термінами, які становлять досить вагомий пласт їх лексики. До них відносять терміни, взяті з інших суміжних правових і неправових галузей та активно використовувані в сучасних текстах українського КПП (з економічної галузі: *беззбитковість, безприбутковість, вартість*; з етики: *благодійність, правдивість, тактовність*; з логіки: *докази*; з медицини: *лікарська експертна комісія, лікар-психіатр, хронічна душевна хвороба*; з кримінального права: *злочин, міра покарання, позбавлення волі*; з адміністративного права: *адміністративний нагляд, адміністративне стягнення, ознаки адміністративного правопорушення*; з міжнародного права: *дипломатична недоторканність, міжнародна злочинність, федеральний окружний суд*; з цивільного права: *цивільний позов, цивільно-правові наслідки злочину, спільна власність подружжя* та ін.).

Об'єктом дослідницької уваги є терміни суміжних кримінальному процесу *правових* галузей: кримінального права, цивільного права, адміністративного права, міжнародного права, конституційного права, трудового права, екологічного права, земельного права, цивільного процесуального права та ін. Терміни на позначення їх понять досить багатогранні щодо семантики, структурного складу, походження, що пов'язано зі специфікою конкретних правових галузей, проте необхідно, щоб правники розуміли їх у тому значенні, яке закріплене за ними у відповідному праві.

У межах залучених правничих термінів, використовуваних у сучасних текстах КПП, виокремлюємо ЛСК *спільні* для більшості правових галузей:

1) категорія „суб'єкт права” (*володілець, дипломатичний представник, засуджений, недієздатна особа, опікун, орган опіки та піклування, особа, яка вчинила злочин; співробітник консульської установи, фізична особа*);

2) категорія „правові документи” (*Кодекс України про адміністративні правопорушення, конвенція, Конституція України, Кримінальний кодекс України, міжнародна угода, міжнародний договір, міжнародний пакт*);

3) категорія „абстрактні правові поняття” (*дипломатична недоторканність, інститут цивільного позову, осудність, поручительство, суб'єктивна сторона злочину, цивільно-правова відповідальність*);

4) категорія „правова дія, процес” (*відхилення цивільного позову, внесення застави, екологічна експертиза, заподіяння моральної шкоди, необхідна оборона, порушення авторських прав, ухилення від сплати аліментів*);

5) категорія „правовий об’єкт” (*безпека людства, гідність, громадський порядок, довкілля, інтелектуальна власність, майно, об’єкт злочину*).

Виявлено також ЛСК, виокремлювані лише в конкретній галузі права й використовувані в текстах КПП. Наприклад, кримінальні правові лексико-семантичні категорії „покарання” (*арешт, виправні роботи, громадські роботи, довічне позбавлення волі, конфіскація майна, позбавлення волі на певний строк, штраф*) та „злочин, правопорушення” (*вбивство, державна зрада, злочин проти волі, честі та гідності особи; злочин проти миру та безпеки людства, недонесення про злочин, статеві злочини, умисне вбивство*). Серед залучених термінів чимало одиниць саме з кримінального права, що пов’язуємо з більшою правовою близькістю цих галузей порівняно з іншими, оскільки „норми кримінального права не можуть бути реалізовані без застосування норм кримінально-процесуального права”<sup>1</sup>.

У межах ЛСК спостерігається взаємоперехід одиниць з однієї категорії в іншу, що є свідченням системності, взаємозв’язку термінів на поняттєвому рівні. Зокрема, однослівний термін кримінального права *крадіжка* може бути компонентом двох ЛСК: „*правова дія, процес*” і „*злочин, правопорушення*”, а термін цивільного права *піклування* – „*абстрактні правові поняття*” і „*правова дія, процес*”.

Спостерігаємо різні типи семантичних зв’язків між компонентами визначених ЛСК, зокрема родо-видові, синонімічні й антонімічні:

- базовий складений термін цивільного права *цивільно-правова відповідальність* є гіперонімом до назв *солідарна цивільно-правова відповідальність, часткова цивільно-правова відповідальність*;

- родове поняття кримінального права *злочин* на підставі різних класифікаційних ознак має такі видові назви: *злочин невеликої тяжкості, злочин середньої тяжкості, тяжкий злочин, особливо тяжкий злочин* (за ступенем тяжкості); *закінчений злочин, незакінчений злочин* (за ступенем завершеності), *злочин проти життя та здоров’я особи (вбивство, тілесне ушкодження та ін.)* (за родовим об’єктом посягання та характером суспільної небезпечності (усього 20 видів)). У цій парадигмі між термінами наявні антонімічні відношення з різними видами протилежності: контрарною (*злочини невеликої тяжкості – злочини середньої тяжкості – тяжкі злочини – особливо тяжкі злочини, умисне легке тілесне ушкодження – умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження – умисне тяжке тілесне ушкодження*) й комплементарною (*закінчений злочин ≠ незакінчений злочин*), а також синонімічні (*злочин = злочинна дія, суспільно небезпечне діяння*).

3-поміж термінів суміжних галузей права, які функціонують у сучасних текстах КПП, виявлено генетично неоднорідні назви: питомі (*винність, грабіж, наклеп, насильство, неосудність, обмова, покарання, умисел, усиновитель*,

<sup>1</sup> Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України / В.М. Тертишник. – К.: А.С.К., 2007. – С. 23.

хуліганство) та іншомовні (з лат.: *декларація, диверсія, конвенція, консул, пакт, реституція*; з італ.: *бандитизм, контрабанда*; з франц.: *рецидивіст, тероризм*). Серед іншомовних переважають назви латинського походження, що пов'язуємо з виникненням більшості з них ще у часи римського права. Поєднуючись з іншими лексемами, і автохтонні, і запозичені залучені терміни є твірним матеріалом для складніших за структурою одиниць: *міжнародний бандитизм, міжнародний тероризм, основне покарання, особливо злісне хуліганство, прямий умисел, суворе покарання*.

Правничі терміни, зафіксовані в досліджуваних текстах, представлені переважно складеними одиницями з різною кількістю компонентів та способом їх поєднання, що відтворює загальну тенденцію термінології КПП до конкретизації кримінального процесуального поняття (*військовий злочин, злочини проти основ національної безпеки України, незаконне заволодіння транспортним засобом, протиправні дії*), рідко – простими (*караність, розбій, хабар*) і складними (*зловживання, злочин*) термінами.

Однослівні залучені назви можуть бути багатозначними (*образа, опіка*) й однозначними (*усиновлення (удочеріння), шпигунство*), про що свідчать лексикографічні джерела. Проте у текстах КПП більш уживаними є однозначні терміни, багатозначні загальнономовні назви функціонують у них, звужуючи свою семантику.

Серед досліджуваної частини лексики текстів КПП збереглася й активно вживається частина давніх назв (*зрада, шкода*): частина – розширила семантику (*вбивство, вимагання, грабіж*); деякі відійшли до пасивного шару лексики (*вина панская, головизна, гвалть, забити, клепати, кривда, куна, обрати, панства збавити*). Змінивши фонетичну чи словотвірну структуру, вони продовжують функціонувати в сучасному українському КПП: *аресть – арешт, насиліє – насильство, убивець – вбивця, штрафь – штраф*<sup>1</sup>.

Таким чином, у результаті аналізу лексико-семантичних категорій на позначення понять суміжних галузей права виявлено: до лексичного складу текстів сучасного українського КПП залучено правничі терміни спільні для більшості правових галузей і виокремлювані лише в конкретній галузі права; значна кількісна перевага надається термінам, залученим із субмови кримінального права, що пов'язуємо із більшою правовою близькістю цих галузей порівняно з іншими; аналізована група термінів є неоднорідною за своїм семантичним наповненням, походженням і структурою, проте переважають однозначні власне українські складені одиниці; серед запозичених більше однослівних одиниць латинського походження.

<sup>1</sup> Стецюк Б.Р. Юридична лексика кримінально-процесуального права Гетьманщини : автореф. ... дис. канд. філол. наук / Б.Р. Стецюк. – Запоріжжя, 1999. – С. 9–10.

**Тетяна Рябченко,**  
викладач кафедри теорії та історії держави і права  
Сумського державного університету  
tanya-2606@mail.ru

## **ВИДИ РЕФЕРЕНДНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ЯК БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ**

**Р**еферендуми є однією з найбільш важливих історично утверджених форм безпосереднього народовладдя. Право на участь у референдумах у більшості держав світу, включно з Україною, є одним із фундаментальних політичних прав людини. Сама ж практика проведення референдумів в Україні та за кордоном, незважаючи на її неоднозначний характер, сприяла вирішенню найбільш значущих проблем державотворення та правотворення – прийняттю конституцій і законів, проголошенню незалежності країн, визначенню векторів міжнародної співпраці тощо. При цьому здійснення повновладдя Українського народу на всеукраїнському референдумі отримує своє логічне завершення в його правових актах, значна частина з яких мають нормативно-правовий характер. Доходимо висновку, що референдум забезпечує функціонування і розвиток права не лише як результату діяльності держави, а й включає до суб'єктів правотворчості народ.

Визнання та гарантування в Україні права народу чи його частини (територіальної громади) на безпосереднє волевиявлення щодо встановлення, зміни чи скасування норм права на референдумі створює підґрунтя для визначення референдуму як форми безпосередньої правотворчості народу, а отже, референдної правотворчості – як різновиду правотворчості народу. Акцентуємо увагу на тому, що саме всеукраїнський референдум виступає формою безпосередньої правотворчості всього народу. Місцевий референдум є основною формою локальної правотворчості територіальної громади, яка дозволяє їй брати пряму участь в управлінні місцевими справами. Отже, під референдною правотворчістю в Україні пропонуємо розуміти цілеспрямовану юридичну діяльність Українського народу щодо створення норм права з їх наступною об'єктивацією у безпосередньо прийнятих шляхом всеукраїнського референдуму нормативно-правових актах, які мають вищу юридичну силу і, втілюючи волю народу, не потребують додаткового затвердження з боку органів державної влади.

Важливе значення для розуміння сутності та змісту референдної правотворчості має її класифікація, що розглядається як теоретико-методологічний процес, спрямований на виявлення системи взаємоузгоджених між собою критеріїв розмежування цього виду правотворчості, застосування яких дозволить виокремити види референдної правотворчості та з'ясувати характер повноважень громадян щодо прийняття нормативно-правових актів, а також рівень безпосередності їх участі у цьому процесі.

Ключовою ознакою правотворчості є її суб'єктний склад. Сучасні теоретики права, не заперечуючи, що держава продовжує зберігати свої домінуючі позиції у правотворчій діяльності, пропонують більш широкі підходи до розуміння суб'єктного складу правотворчості. Так, важливим суб'єктом правотворчості, на думку українських правознавців О. Зайчука та Н. Оніщенко, виступає народ (при винесенні нормативно-правових актів на референдуми)<sup>1</sup>. Безперечно, сучасний процес правотворчості потребує прозорості, відкритості та повноцінної участі у ньому всього народу чи його частини (територіальних громад), інститутів громадянського суспільства, що є визначальним елементом для реалізації демократії в країні та вагомим чинником у розбудові правової держави. Слушною видається позиція вітчизняних учених О. Скрипнюка та В. Федоренка, які виокремлюють правотворчість Українського народу; правотворчість Української держави; правотворчість територіальних громад; корпоративну правотворчість суб'єктів публічного та приватного права<sup>2</sup>.

Вбачається, що за сутністю (суб'єктами) референдна правотворчість може втілювати політичну волю Українського народу, отже, буде мати загальнодержавний характер, а відповідно і нормативно-правові акти, що приймаються в результаті такої діяльності, є актами загальнодержавного значення (Конституція, закони); та територіальної громади - правотворча діяльність локального характеру, а відповідно і акти є нормативно-правовими актами місцевого значення.

Зупиняючись на критерії юридичної сили нормативно-правових актів, правознавці розрізняють законотворчість (правотворчість вищого представницького органу держави, у процесі якої приймаються нормативно-правові акти вищої юридичної сили – закони, а також народу при прийнятті законів шляхом всеукраїнського референдуму); та підзаконну правотворчість.

Впродовж тривалого часу законодавча правотворчість Українського народу мала обмежену сферу застосування, а її реалізація вбачалася фактично неможливою через недосконалість, архаїзм референдного законодавства. З ухваленням у 2012 році Закону України “Про всеукраїнський референдум”<sup>3</sup> ситуація дещо зрушила з місця. Так, відповідно до статті 3 Закону передбачається проведення всеукраїнського референдуму щодо прийняття чи скасування закону України або внесення змін до чинного закону України. До того ж Закон уможливорює схвалення нової редакції Конституції України безпосередньо народом.

<sup>1</sup> Теорія держави і права : акад. курс : [підруч. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко]. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 359-360.

<sup>2</sup> Скрипнюк О. Правотворчість Президента України та її нормопроектне забезпечення: питання теорії і практики / О. Скрипнюк, В. Федоренко // Право України. – 2011. – № 2. – С. 172-173.

<sup>3</sup> Про всеукраїнський референдум: Закон України від 6 листопада 2012 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5475-17> – Назва з екрану.



Звернемо увагу, що Конституція України не унормовує права Верховної Ради України на прийняття Основного Закону, натомість, закріплюючи виключне право народу визначати і змінювати конституційний лад в Україні, визнає за Українським народом повноваження за його ж ініціативою приймати нову Конституцію України.

Особливий інтерес у контексті нашого дослідження становлять наукові розвідки А. Янчука, присвячені проблемам правотворчої діяльності народу. Залежно від форми актів, які ухвалюються в результаті правотворчої діяльності народу, дослідник пропонує її поділ на конституційну, законодавчу та підзаконну<sup>1</sup>.

На нашу думку, за змістом (предметом) доцільно розрізнити такі види референдної правотворчості: конституційна правотворчість (повна і часткова); законодавча правотворчість (законодавчі референдуми за народною ініціативою, скасувальні законодавчі референдуми); ратифікаційні референдуми щодо міжнародних договорів, а також підзаконна правотворчість (ухвалення територіальними громадами підзаконних нормативно-правових актів на місцевому референдумі).

Для з'ясування дійсного змісту правотворчості теоретики права застосовують і такий критерій класифікації цього виду юридичної діяльності як спосіб створення норм права, виокремлюючи відповідно нормотворчість та санкціонування звичаю. Отже, за способом здійснення правотворчої діяльності референдна правотворчість спрямована на прийняття, зміну чи скасування шляхом безпосередньої діяльності народу чи територіальної громади конституції, закону, іншого нормативно-правового акта.

Саме способи зведення волі суб'єктів правотворчості у загальнообов'язкові приписи є визначальними для розуміння сутності категорії “форми правотворчості”. На наше переконання, форми правотворчості народу за своєю сутністю є способами реалізації права народу, територіальних громад на участь у процесі правотворчості. Референдна правотворчість може здійснюватись у формі всеукраїнського референдуму та у формі місцевих референдумів. Саме всеукраїнський референдум як форма правотворчості надає Українському народові можливість безпосередньо приймати нормативно-правові акти, що мають вищу юридичну силу в суспільстві та державі.

Сутність розгляданого виду правотворчості зумовлюється підставами застосування референдуму як форми правотворчості та суб'єктами його ініціювання. Сутність референдної правотворчості визначається волею Українського народу та територіальної громади, наділених Конституцією і законами України правом ініціювати проведення всеукраїнського та місцевого референдумів, та водночас вимогами чинного законодавства щодо обов'язковості проведення

<sup>1</sup> Янчук А. О. Види правотворчої діяльності народу / А. О. Янчук // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2012. – №6. – С. 57.

референдуму з чітко встановленого переліку питань. Отже, за сутністю розрізняємо ініціативну референдну правотворчість (передусім референдуми, ініційовані народом) та обов'язкову.

За юридичними наслідками доцільно розмежовувати імперативну референдну правотворчість та консультативну, що уповноважує компетентних суб'єктів правотворчості. Рішення імперативного референдуму мають вищу юридичну силу, тобто є остаточними, обов'язковими для виконання на всій території держави і не потребують будь-якого затвердження з боку державних органів. Рішення ж консультативного референдуму мають на меті виявлення волі народу стосовно суспільно значущих питань, які не можуть бути остаточно вирішені на референдумі, оскільки віднесені до виключної компетенції парламенту чи глави держави.

За часом здійснення референдної правотворчості таку діяльність пропонуємо поділяти на дозаконодавчу, післязаконодавчу та безпосередню законодавчу діяльність народу. Залежно від території, на якій здійснюється референдна правотворчість, така діяльність має загальнодержавний та локальний характер.

Названі критерії класифікації референдної правотворчості не є вичерпними, а тому не виключається можливість обґрунтування правознавцями нових вимірів, які матимуть кваліфікуюче значення для розглядуваного нами виду правотворчості.

**Ольга Семчик,**

к.ю.н., старший науковий співробітник  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
semolg@gmail.com

## **ПОДАТКОВИЙ КОМПРОМІС ЯК ФІНАНСОВО-ПРАВОВЕ ПОНЯТТЯ**

**О**голошення чергової Президентської “Стратегії реформ – 2020” ставить перед фахівцями різних професійних спрямувань нові завдання по розробці та впровадженню конкретних кроків до втілення у життя основного завдання, визначеного стратегією – досягнення європейських стандартів життя і подання заявки на членство у ЄС у 2020 році. Однією із складових такої реформи очевидно має стати вдосконалення податкового законодавства. Втім, не все так просто як здається на перший погляд. Реформа податкової систем вимагає використання виважених та науково обґрунтованих підходів у застосуванні нових механізмів правового регулювання податкових відносин.

Очевидно, що завдяки наповненню публічних фондів грошових коштів здійснюється задоволення публічних інтересів держави, фінансування усіх напрямків життєдіяльності у державі, виконання функцій держави щодо забезпечення прав громадян та фінансування програм розвитку держави, галузей економіки, окремих територій тощо. З огляду, на зазначене дуже цікавою вида-

ється парламентська ініціатива прийняти закон, який би врегулював відносини щодо звільнення платників податків від відповідальності за умови сплати не задекларованих платежів з податку на додану вартість та податку на прибуток підприємств шляхом забезпечення сплати ними лише певного відсотку від податку, що мав би бути сплачений за не задекларований таким суб'єктом дохід (проект закону №4930 від 26 травня 2014 р. “Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей уточнення податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та податку на додану вартість у разі застосування податкового компромісу”).

У зазначеному законопроекті податковий компроміс пропонується розглядати як режим звільнення від юридичної відповідальності платників податків або їх посадових (службових) осіб за заниження податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та/або податку на додану вартість за будь-які податкові періоди до 1 квітня 2014 року.

Однак, якщо замислитись над змістовними характеристиками цього поняття, можна дійти висновку, що податковий компроміс не повною мірою охоплює те, явище яке термінологічно пропонується закріпити у Податковому кодексі України. Тож, зважаючи на актуальність цього питання для процесу вдосконалення податково-правового регулювання, метою дослідження є виявлення притаманних ознак, характерних властивостей та зв'язків у фінансово-правовій конструкції “податковий компроміс”.

До проблеми визначення поняття компромісу у праві зверталися як теоретики права, так і дослідники фінансового права, зокрема окремі аспекти досліджуваної проблематики розглядалися у працях Бобровник С.В., Кучерявенка М.П., Жернакова М.В., Лукашева О.А., Нечай А.А., Орлюк О.П., Пришви Н.Ю., Чернадчука В.Д. та інших.

У юридичній енциклопедичній літературі надається визначення компромісу політичного (з лат. — угода, договір) як угоди між представником різних інтересів на основі взаємних поступок. При цьому умовами поступок виокремлюють визнання факту, що в аргументах і позиціях протилежної сторони мають місце слушність, раціональні моменти, більше того, непоступливість і відмова від співробітництва призведуть до ще більших втрат<sup>1</sup>. Отже, основним змістовне наповнення цього поняття формується навколо досягнення угоди між певними суб'єктами з конкретного питання.

У теорії права під поняттям правовий компроміс пропонується розуміти опосередкований правовими формами, ціннісно-орієнтований засіб упорядкування конфлікту (в тому числі й правового), що заснований на взаємопоступках учасників суспільних відносин, метою та результатом функціонування якого є стан суспільної згоди і закріплення демократичних цінностей у сус-

<sup>1</sup> Осипова Н.П. Компроміс політичний // Юридична енциклопедія. – К.: Видавництво “Українська енциклопедія” ім. М.П. Бажана, 3 том, 2001. – С.196-197.

пільстві<sup>1</sup>. Тобто, за такого підходу правовий компроміс тлумачиться через характеристику конфліктних відносин, у яких беруть участь певні суб'єкти. При цьому авторка, виокремлює у якості складової цього поняття обов'язкову наявність взаємопопусток учасників таких відносин. В свою чергу, податковий компроміс доцільно розглядати як вид правового компромісу, застосовуваного у галузевому контексті.

Поняття ж податкового компромісу у свій час було закріплено на нормативному рівні до прийняття Податкового кодексу України у Законі України “Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” від 1 грудня 2000 року № 2181-III (втратив чинність з 1 січня 2011 року).

Аналогічне його трактування надається і фахівцями у сфері фінансового права. Наприклад, у фінансовій енциклопедії, викладено його тлумачення як рішення податкового органу, прийняте за погодженням із платником податків у межах адміністративної апеляційної процедури та узгоджене з керівником податкового органу вищого рівня, щодо задоволення частини скарги такого платника під зобов'язання останнього погодитися із рештою податкових зобов'язань, нарахованих контролюючим органом.<sup>2</sup> Тобто, компроміс у податкових відносинах зводився до прийняття за результатами розгляду скарги та певної процедури погодження із платником податків рішення з боку уповноваженого органу, який представляє владний інтерес.

Кучерявенко М.П. відзначає, що адміністративне узгодження здійснюється саме через процедури оскарження актів податкових органів і вирішення спорів між платниками податків і представниками податкових органів у межах самої системи податкових органів<sup>3</sup>. І хоча професор не досліджує окремо поняття податкового компромісу як форми адміністративного узгодження, однак із суті наведеної тези, можна говорити про те, що таке узгодження здійснюється у процесі розгляду скарг на рішення та дії податкових органів, а відтак і про можливість застосування процедури податкового компромісу.

Разом із тим, досліджуючи питання конфліктності податкових відносин Жернаков М.В. відмічає, що попри те, що природа такої конфліктності полягає у протистоянні публічного й приватного інтересів, все ж таки за досягнення достатнього рівня довіри населення до державних інститутів, публічний і приватний інтереси будуть значно зближуватися чи навіть збігатися<sup>4</sup>. Зазначене,

<sup>1</sup> Бобровник С. В. Компроміс і конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу / С. В. Бобровник. – К. : Юрид. думка, 2011. – С.356.

<sup>2</sup> Пришва Н.Ю. Податковий компроміс // Фінансова енциклопедія / [О.П. Орлюк, Л.К. Воронова, І.Б. Заверуха та ін.] ; за заг. ред. О.П. Орлюк. К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 326.

<sup>3</sup> Кучерявенко М. П. Податкові процедури: правова природа і класифікація: монографія / М. П. Кучерявенко. – Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – С. 410.

<sup>4</sup> Жернаков М.В. Податковий конфлікт: норма чи аномалія? // Вісник Національної академії правових наук України. – № 4 (75). – 2013. – С. 106-112.

наштовхує на думку, що податковий компроміс у такому разі буде досягатися за рахунок підвищення рівня правової свідомості та правової культури населення, а відтак податковий компроміс може розглядатись у широкому та вузькому значеннях.

У вузькому значенні – це досягнення погодження платником податків із податковим органом щодо погашення спірної з його точки зору податкового зобов'язання, а у широкому сенсі податковий компроміс можна розуміти як досягненням взаєморозуміння між населенням і державою щодо необхідності сплати певної кількості та певного виду податків і зборів, які забезпечуватимуть фінансування усіх потреб як населення, так і держави.

З огляду на зазначене можна виокремити такі елементи фінансово-правового поняття “податковий компроміс”: податковий компроміс дозволяє досягти узгодженої позиції з питань сплати податків зобов'язаними суб'єктами; метою компромісу є наповнення публічних фондів грошових коштів за рахунок виконання конституційного обов'язку щодо сплати податків і зборів, а відтак сплати певної узгодженої суми до таких фондів; податковий компроміс може бути досягнуто у процесі оскарження рішень податкових органів; у податкових відносинах компроміс має “імперативний” характер, оскільки може бути досягнутий тільки у тих межах, які визначені владною стороною; передумовою компромісу є наявність неузгоджених позицій платника податку та контролюючого органу; податковий компроміс є процедурою узгодження протилежних інтересів платника податків та владного суб'єкта, при тому, саме держава встановлює обов'язок по сплаті податків, компроміс може бути досягнутий лише щодо неузгодженої частини суми такого платежу за наявності підстав вважати, що така сума є завищеною.

Таким чином, оцінюючи згаданий вище законопроект про застосування податкового компромісу, можна дійти висновку, що у ньому відбувається некоректне використання цього правового поняття. Основною метою розробленого проекту закону було забезпечення сплати частини несплачених до бюджету коштів, які мали бути сплачені суб'єктами підприємництва, але за рахунок діяльності через мережу конвертаційних центрів були виведені з-під оподаткування. Відповідно до розглядуваного проекту закону складовими “податкового компромісу” визначено: можливість платника податків задекларувати заниження своїх податкових зобов'язань з податку на додану вартість та податку на прибуток за певний податковий період; забезпечення сплати 10% від задекларованої суми податкових зобов'язань; звільнення такого суб'єкта від відповідальності за несплату за вказаний період частину коштів, що мали бути ним сплачені відповідно до закону.

Відтак, аналізуючи сутнісні характеристики податкового компромісу, визначених цим проектом, можна стверджувати, що мова тут іде не про компроміс, а про так звану поширену у світі “податкову амністію”. Адже саме амністія передбачає звільнення від відповідальності за протиправні діяння. Амністія

(від грец. – забуття, прощення) у енциклопедичних джерелах визначається як спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання певної категорії осіб, винних у вчиненні злочину, що здійснюється судом на підставі відповідного акту (закону про амністію), прийнятого Верховною Радою України.<sup>1</sup> Тобто, всі ознаки амністії, які наведені у цьому родовому визначенні чітко відображені у понятті податкового компромісу запропонованого у цитованому проекті закону.

**Людмила Симоненко,**  
к.філол.н., проф., провідний науковий співробітник  
Мовно-інформаційного фонду НАН України  
Учений секретар Комітету наукової термінології НАН України  
terminolog@ukr.net

## МОВНА НОРМА В ЗАКОНОДАВЧИХ АКТАХ

Сучасна українська наукова термінологія формувалася впродовж століть ученими різних галузей знань на народній основі, бо наука, на думку І. Огієнка, “Чужою мовою не пускає в людині глибокого коріння”. Термінологія є частиною національної культури, історичною пам’яттю наукової думки. До однієї з найдавніших терміносистем належить правнича термінологія, що генетично сягає періоду Київської Русі. Вона є відкритою, зі зміною суспільно-політичних формацій зазнає певних змін, зумовлених потребами державного життя. Юриспруденція, як ніяка інша галузь людської діяльності, потребує точного і недвозначного відтворення мовними засобами відповідних правових понять<sup>2</sup>. Цьому слугують усталені процедури офіційного й доктринального тлумачення положень законодавства, традиція починати розробляти нормативно-правові акти з роз’яснення змісту основних термінів, які в ньому вживаються. Мова є чинником правоутворення та законотворення. Ці два процеси безпосередньо пов’язані умовами існування його носіїв. Від уміння використовувати терміни залежить зміст висловленого, а в термінології юристів від неправильно вжитого слова може залежати доля людини.

Упродовж тривалого часу потреба в юридичній термінології як вербальному апараті науки, сфери інтелектуальної, професійної діяльності в Україні здебільшого були забезпечені російськомовною терміносистемою; наявні українські відповідники в названій терміносистемі не посідали в просторі наукової мови центрального місця. Це відповідало розподілу функціонального поля мови науки між двома мовами: російською – з її пріоритетним становищем, та укра-

<sup>1</sup> Музика А.А. Амністія // Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – С.31.

<sup>2</sup> Усенко І.Б. Деякі проблеми терміновживання очима юриста // Українська наукова термінологія. Зб. матеріалів науково-правничої конференції “Українська наукова термінологія. Стан та перспективи”. – К., 2008. – 66 с.

їнською – з виразно периферійною позицією. Такий розподіл функцій мов утримувався в Україні до 90-х років ХХ ст.<sup>1</sup> Мова правової нормотворчості – це система термінів та інших засобів мовної комунікації, що використовуються при формуванні текстів нормативно-правових актів.

Відчутні зміни було задекларовано після проголошення України суверенною державою. У нових суспільних умовах українська термінологія, її розвиток та впорядкування набувають глобального значення, оскільки загальна зміна мовних орієнтирів, насамперед – утвердження української мови як державної у різних сферах науки і техніки, вимагають української термінології нової якості.

Розбудові правничої термінології в Україні з перших днів її незалежності приділялася значна увага. Зокрема 19.06.1995 р. за № 458/95 був виданий Указ Президента України “Про заходи щодо здійснення правової реформи в Україні”, одним із пунктів якого було: “Утворити Українську комісію з питань юридичної термінології. Установити, що основними завданнями Української комісії з питань юридичної термінології є: вивчення законодавчого матеріалу для визначення та уніфікації юридичної термінології, складання реєстрів українських правових термінів, укладання юридичних словників і здійснення термінологічно-мовної експертизи проектів актів законодавства”. Виконання зазначених завдань покладалося на Українську правничу фундацію.

Рішенням названої комісії було створено експертні групи з опрацювання проектів кодифікованих актів: Проекту Конституції України; проектів Кримінального кодексу України, Кримінально-процесуального, Цивільного, Цивільно-процесуального кодексів України. Над унормуванням правничої термінології працювали юристи й лінгвісти. Увага перших зосереджувалася на законотворчій, судово-правовій сфері, завдання лінгвістів полягало в мовному забезпеченні названих процесів. До редагування названих проектів долучилися провідні вчені Інституту української мови НАН України: член-кореспондент НАНУ С. Я. Єрмоленко, професори Г. Г. Городенська, Л. О. Симоненко, О. О. Тараненко та ін.. У процесі редагування названих документів було помічено низку помилок, які полягають у **порушенні лексичних, граматичних (морфологічних, синтаксичних) норм**; наявності **стилістичних огрехів**. Перша група помилок пов'язана з неправильним розумінням значень окремих термінів (а звідси – неправильне їх уживання), та недостатнім знанням граматичної будови української мови і відповідних граматичних правил. У Державних стандартах на терміни та визначення вже узаконено тенденцію до відновлення питомо українських словотвірних типів: вживання віддієслівних іменників на **–ння (підроблення)** замість **–ка (підробка)**, витіснення іншомовного суфікса у прикметниках на **–альний**, та заміну його питомим **–ний (категоріальний - категорійний)**.

<sup>1</sup> Грищенко П.Ю., Симоненко Л.О. Термінологія і термінографія на етапі розбудови // Українська наукова термінологія. Зб. матер. науково-практ. конф. “Українська наукова термінологія. Стан та перспективи”. – К., 2008. – С. 5.

Спостерігається вживання неправильних граматичних форм віддієслівних іменників, наприклад, “здача (замість **здавання**) або залишення ворогові засобів ведення війни”. Слово “здача” в сучасній українській мові закріпилося за поняттям “*решта грошей, що повертається під час розрахунку*”; активних дієприкметників на —уч(ий), -юч(ий): “Схилиння неповнолітніх до вживання —одурманюючих (замість **одурманливих**) засобів” (ст. 324).

Уживання слів, не властивих українській мові: “**утаювання** офіційних чи приватних документів” замість правильного “**приховування**”; “суд **вправі** призначити покарання” замість “суд **має право**”; “масові **безпорядки**” - “масові **заворушення**” **відмивання грошей** — **легалізація грошей** та ін.

На позначення поняття “знати щось наперед, робити щось усвідомлено” в російській мові вживається слово **заведомо** (заранее + ведать), яке в українській мові має низку відповідників: *свідомо, явно, зазнаки, заздалегідь, наперед* і калька з російської — **завідомо**, якою саме й послуговуються правники; **попереднє слідство** — **досудове слідство**.

Поняття “загальні умови (природні, виробничі, урбанізовані, домашні, соціальні) біологічного життя людства” в українській науковій термінології іменуються “**навколишнє середовище**”. Цей термін точно передає зміст поняття і є стилістично нейтральним. Із середини 1990-х років у словниках з’являється синонімічне слово **довкілля**, яке за вживаністю в офіційно-діловому мовленні поступається перед зазначеним словосполученням. Слово **довкілля**, з одного боку, збирає стилістичне забарвлення новизни, а з іншого, — може вживатися і в широкому значенні, пор. *мовне довкілля*.

На жаль, у законодавчих документах наявні невдалі кальки російських синтаксичних конструкцій на зразок: “покарання **у виді** виправних робіт, ... **у виді** службового обмеження” та ін.

В українській мові названа конструкція передається кількома способами: а) формою орудного відмінка: “покарання виправними роботами”, “покарання обмеженням волі”; б) словосполученням “у формі”, “через”: “покарання через службове обмеження”, “покарання у формі позбавлення волі”. Синтаксична конструкція “**у виді**” українській мові не властива, так само як і не властиві їй синтаксичні конструкції “*приймати участь*”, нормативна — “*брати участь*”; російське **влечет за собою** перекладають **тягне за собою**. Дієслово **тягти** і **тягнути** — багатозначне, має 17 значень із багатьма відтінками, жодне з яких не передає змісту позначуваного поняття. Словосполучення “...**тягне** кримінальну відповідальність” мало б звучати: “**передбачає** кримінальну відповідальність”; “*Загладити заподіяну шкоду*” - **відшкодувати збитки**; “*вимагательство*” замість **вимагання, злочинне вимагання**; “*потягло за собою загибель людей*” замість **спричинило загибель**; “*вогнестрільна зброя*” замість **вогнепальна зброя**; “*заложники*” замість **заручники** та ін.

На позначення одного й того самого поняття — “який діє за певних умов” — вживаються різні синтаксичні конструкції: “набрання **законної сили вироком**” і нормативне **набрання чинності**.



Розбудова правової держави передбачає, що для того, щоб право було об'єктивоване в мові адекватно і недвозначно, треба постійно пам'ятати, що кожне слово закону стосується конкретної людини, її прав та свобод... держава та влада не можуть повноцінно функціонувати, якщо вони неспроможні ясно й зрозуміло висловити свою волю, надавши їй відповідного правно-мовного оформлення.

Юриспруденція, як ніяка інша галузь людської діяльності, потребує точного і недвозначного відтворення мовними засобами відповідних правових понять. У цьому законотворцям, правникам допомагають видані в Україні понад 60 юридичних словників різного типу і призначення, серед них: 6-ти томна “Юридична енциклопедія”, видана Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького (1998-2004); Воробійова С.А. та ін. “Російсько-українсько-англійський словник правничої термінології. Труднощі терміновживання” (К., 1994), “Тлумачний словник з цивільного права” (1998); Шепітько В.Ю. Криміналістика: Енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український) (2001), “Словник термінів і понять, що вживаються у чинних нормативно-правових актах України” (1999), який містить 4351 термін з майже 29 000 нормативних актів. Головною метою словника, як зазначено в передмові до нього є насамперед надання правової інформації населенню. Біля кожного терміна, наведеного в словнику, є покликання на нормативні акти, напр.: **конфіскація** – безплатне вилучення державного майна як санкції за правопорушення. *Цивільний кодекс України*.

Українська наукова правнича термінологія зазнає постійних змін, зумовлених внутрішньомовними та позамовними чинниками.

Динаміка сучасного правничого лексикону виявляється в кількісних та якісних змінах його складу, які відбуваються за рахунок: а) творення неологізмів на позначення розбудови і становлення держави: *державотворення, державознавство, роздержавлення, правозахисний, криміналізація* та ін.; союзів, об'єднань, угруповань та їхніх функціонерів: *коаліція, коаліціант, коаліціонер, коаліціоніст; корупція, люстрація, мажоритарник, мафія, мафіозі, мафіозний; наркоманія* тощо; б) повернення до активного мовного вжитку з периферійного лексикону раніше використовуваних лексем: **державник** – представник вищих керівних органів держави; **провідник** – ватажок, керівник, вождь; **зверхник** – керівник, вищий за посадою начальник, той, хто має владу та ін.; в) інтенсивного використання книжної мови: *урядування, речник, атентант* – замах, *волонтер* – доброволець, *функціонер* – урядовець або службовець, який виконує певні обов'язки в державній установі чи політичній організації; г) іншомовних запозичень: **кіднепінг** – викрадення людей, переважно дітей, для отримання викупу<sup>1</sup>; **бутлегерство** – незаконне виробництво та контрабанда спиртних напоїв,

<sup>1</sup> Туровська Л.В., Л.М. Василькова. Нові слова та значення / Відп. редактор к. ф. н., проф.. Л.О. Симоненко. – К., 2008. – С. 103.

що контролюється організованою злочинною групою<sup>1</sup>; **концесор** – юридична або приватна особа, яка бере в концесію державно-комунальне господарство<sup>2</sup>; аналогічно: *дилер, гемблінг, лізинг, омбудсмен, оферент, сутенер, трансферт* та ін.; використання повторних запозичень, графічна форма яких може збігатися з формою раніше адаптованих співвідносних одиниць<sup>3</sup>, напр., термін **франшиза** вже давно ввійшов до українського лексикону<sup>4</sup>, проте похідні від нього з'являються в останнє десятиліття ХХ ст., на поч. ХХІ ст. – *франчайзер, франчайзинг*<sup>5</sup>; г) розширення семантики наявних у мові слів: *авторитет – лідер, ватажок кримінального угруповання*<sup>6</sup>; *реверс – 1. техн.* Пристосування для зміни напрямку руху машин чи обертання окремих її робочих частин у зворотний бік; 2. *юр.* Письмове зобов'язання, в якому даються гарантії чого-небудь, засвідчується що-небудь та ін.<sup>7</sup>; д) за рахунок злодійського жаргону, влучність, експресивність, гнучкість якого активно сприяє його укоріненню в мові: **барсетник** – злодій, який спеціалізується на крадіжках сумок-барсеток; аналогічно: *наркобазар, наркоділок, наркоманія, кидали, кілер, рекет* та ін.<sup>8</sup>; е) розширення сфери використання слів, які перебували в пасивному фонді мови: *тризуб, гетьман, правоволоділець; переступ* – злочин, порушення закону та ін.

На бурхливий перебіг подій в українському суспільстві найоперативніше відгукуються засоби масової інформації. Журналісти в пошуках виразних мовних засобів сприяють витворенню нових номінацій<sup>9</sup>. Свідченням поширення неологізмів є їхня фіксація у словниках. Найяскравішою ілюстрацією цього процесу є лексикографічна праця термінологів Інституту української мови Л.В. Туровської, Л.М. Василькової “Нові слова та значення. Словник” / За ред. проф. Л.О. Симоненко (К., 2008), в якому, як зазначено в передмові до нього, зібрана й систематизована українська лексика, не засвідчена лексикографічними джерелами. Необхідність у такій праці постала з потреби регулювання потоку спеціальних слів (термінів) на позначення нових реалій сфер науки й техніки кінця 90-х років ХХ – поч. ХХІ ст., засвідчених засобами масової інформації<sup>10</sup>.

Отже, унормування правничої термінології відбувається на кількох рівнях: поняттєвому, лексико-семантичному, словотвірному, морфологічному, право-

<sup>1</sup> Там само. – С. 41.

<sup>2</sup> Там само. – С. 120.

<sup>3</sup> Клименко Н.Ф., Карпіловська Є.А., Кислюк Л.П. Динамічні процеси в сучасному українському лексиконі. – К., 2008. – С. 21.

<sup>4</sup> Туровська Л.В., Л.М. Василькова. – Цит. праця. – С. 263.

<sup>5</sup> Там само. – С. 263.

<sup>6</sup> Там само. – С. 15.

<sup>7</sup> Там само. – С. 209.

<sup>8</sup> Там само. – С. 30.

<sup>9</sup> Там само. – С. 3-10.

<sup>10</sup> Там само. – С. 5.

писному, що передбачає приведення терміносистеми до наявних у мові лексичних норм та словотвірних типів, де в першу чергу орієнтуються на вимоги, що висуваються до наукового терміна – відповідність його змісту позначуваному науковому поняттю.

**Яна Сімутіна,**  
к.ю.н., старший науковий співробітник  
відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
yana\_simutina@ukr.net

## ПОНЯТТЯ АНУЛЮВАННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

**У** сучасних умовах дослідження трудового договору, який традиційно розглядається як юридичний факт – підстава виникнення трудових правовідносин, набуває особливого значення у зв'язку з необхідністю, з одного боку, підвищення ефективності законодавчого регулювання трудових відносин, що закріплює певний рівень гарантій для працівників, а з іншого – максимального розширення договірної сфери для забезпечення реалізації законних прав та врахування інтересів різних суб'єктів трудового права.

Недостатня регламентація питань укладення трудового договору на сьогодні викликає багато проблем у практичному застосуванні норм законодавства. Зокрема, чітко не визначено момент виникнення трудових правовідносин, залишається відкритим питання, що робити, коли трудовий договір або наказ про прийняття на роботу підписаний, але працівник так і не приступив до виконання трудових обов'язків тощо.

Як зазначає професор П.Д. Пилипенко, трудовий договір має консенсуальний характер, тобто він вважається укладеним з моменту досягнення згоди між його сторонами за усіма істотними умовами. Отже, для виникнення трудових правовідносин між працівником і роботодавцем не обов'язково повинно бути присутнє реальне виконання зумовленої сторонами роботи. Для цього достатньо заяви працівника та наказу чи розпорядження роботодавця<sup>1</sup>.

Відповідно до ч. 3 ст. 24 КЗпП України укладення трудового договору оформляється наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу про зарахування працівника на роботу. Крім того, трудовий договір вважається укладеним і тоді, коли наказ чи розпорядження не були видані, але працівника фактично було допущено до роботи. Згідно з п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України “Про практику розгляду судами трудових спорів” від 6 листопада 1992 року №9 фактичний допуск до роботи вважається

---

<sup>1</sup> Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин. – К.: Т-во “Знання”, КОО, 2003. – С. 38.

укладенням трудового договору, якщо робота проводилась за розпорядженням чи з відома роботодавця<sup>1</sup>.

Враховуючи наведене, можна зробити висновок, що за чинним законодавством України трудовий договір вважається укладеним за наявності таких умов: а) досягнення згоди сторін з приводу обов'язкових та додаткових умов трудового договору; б) надання працівником необхідних документів; в) укладення письмового трудового договору (у випадку, коли така форма трудового договору є обов'язковою); г) видання наказу (розпорядження) роботодавця про прийняття працівника на роботу чи фактичний допуск працівника до роботи.

Однак на практиці нерідко трапляються випадки, коли трудовий договір або наказ про прийняття працівника на роботу підписаний, але працівник з певних причин так і не приступив до виконання трудових обов'язків.

Чинний Кодекс законів про працю України не містить норми, яка б регламентувала поведінку роботодавця, у випадку, якщо працівник не приступив до виконання трудових обов'язків у термін, визначений трудовим договором або наказом про прийняття на роботу. Слід погодитися з авторами науково-практичного коментаря в тому, що видання наказу про прийняття на роботу не є достатнім для укладення трудового договору та виникнення трудових правовідносин, якщо сторонами не досягнуто згоди щодо умов праці або працівника фактично не допущено до її виконання, або він сам не приступив до роботи. Виданий наказ у цьому разі може бути скасовано, хоча законодавство прямо не передбачає можливості скасування наказу про прийняття на роботу<sup>2</sup>.

Наука трудового права та законодавство про працю, встановлюючи перелік підстав припинення трудового договору, використовує на сьогодні три терміни: припинення трудового договору, розірвання трудового договору, звільнення працівника. Крім цих категорій у проєкті Трудового кодексу України згадується про анулювання трудового договору, що для вітчизняного трудового права є новелою.

Термін анулювання походить від лат. “annulo” – “знищую”, і означає відміну, оголошення недійсним якогось акта, договору, прав і повноважень<sup>3</sup>.

У теорії радянського трудового права проблема анулювання трудового договору була предметом обговорення, однак так і не отримала свого однозначного вирішення. Підставами для дискусії стала неоднозначна практика застосування трудового законодавства у випадках, коли працівник не приступив до роботи в обумовлений строк після укладення трудового договору, іншими словами, фактична реалізація трудових відносин не відбувалася. У цьому випадку робо-

<sup>1</sup> Про практику розгляду судами трудових спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 року № 9 // Вісник Верховного Суду України. – 1998. – № 3.

<sup>2</sup> Науково-практичний коментар до законодавства про працю / В.Г. Ротань, І.В. Зуб, Б.С. Сточинський. – 6-те вид., доп. і перероб. – К.: А.С.К., 2006. – С. 175.

<sup>3</sup> Юридическая энциклопедия / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. – М.: Юристь, 2001. – С. 42.

тодавці звільняли працівника або за прогул, або у зв'язку з тим, що працівник не приступив до роботи<sup>1</sup>. Проте, очевидно, що анулювання трудового договору некоректно відносити до різновиду його припинення, адже припинення трудового договору тягне за собою припинення трудових правовідносин, які у цьому випадку так і не виникли, а застосування до працівника дисциплінарного стягнення у вигляді звільнення за прогул у такій ситуації взагалі буде вважатися неправомірним.

Аналізуючи судову практику, О.К. Безіна запропонувала легалізувати особливі підстави розірвання нереалізованих трудових договорів. На її думку, підстави розірвання нереалізованого трудового договору і трудового договору, реалізація якого вже настала, не повинні співпадати. Таким чином, мова йшла про розірвання трудового договору у зв'язку з відмовою сторін його реалізувати. При цьому О.К. Безіна пропонувала у законодавчому порядку визначити правові наслідки відмови працівника від реалізації трудового договору в залежності від причин такої відмови (поважні і неповажні). Водночас вона зазначала, що і роботодавець не повинен позбавлятися права за певних обставин відмовитися від реалізації трудового договору<sup>2</sup>.

Інше бачення цієї проблеми обґрунтував Р.З. Лівшиць. Він вважав, що у таких випадках наказ про зарахування на роботу слід відмінити, а угоду анулювати. Іншими словами, трудовий договір слід вважати неукладеним<sup>3</sup>.

Як зазначалося вище, поняття анулювання трудового договору в чинному законодавстві України відсутнє. У проекті Трудового кодексу України зроблена спроба врегулювати це питання шляхом визначення в окремій статті обов'язку працівника стати до роботи. Зокрема, в ст. 57 проекту вказується, що працівник зобов'язаний стати до роботи в день, визначений законодавством або трудовим договором, а якщо законодавством або трудовим договором цей день не встановлено – наступного дня після укладення трудового договору. Якщо працівник без поважної причини не став до роботи, роботодавець має право відмовити працівникові в наданні роботи. У такому разі вважається, що трудові відносини не виникли, нормативний акт роботодавця, письмовий трудовий договір підлягають анулюванню і на працівника покладається обов'язок повернути роботодавцеві раніше отримані від нього гарантійні й компенсаційні виплати<sup>4</sup>.

Пропонується доповнити зазначену норму проекту Трудового кодексу

<sup>1</sup> Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. – СПб.: Издательство Р. Асланова “Юридический центр Пресс”, 2006. – С. 636.

<sup>2</sup> Безіна А.К. Вопросы теории трудового права и судебная практика. – Казань: КГУ, 1976. – С. 9 – 19.

<sup>3</sup> Лившиц Р.З. Правовые средства формирования производственных коллективов // Трудовое право и повышение эффективности общественного производства. – М., 1972. – С. 30.

<sup>4</sup> Проект Трудового кодексу України №2902 від 22 квітня 2013 року [Електронний ресурс] Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=46746](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46746).

України в частині “технічного” оформлення механізму анулювання трудового договору і додати положення про те, що анулювання трудового договору відбувається шляхом видання наказу (розпорядження) роботодавця. Роботодавець повинен письмово повідомити працівника про анулювання трудового договору.

За змістом ст. 57 проекту анулювання трудового договору може здійснюватися роботодавцем в односторонньому порядку. Для цього необхідна наявність наступних умов: вплив установленого законом строку, в який працівник повинен був стати до роботи та відсутність поважних причин невиходу працівника на роботу в установлений законом період.

Таким чином, працівнику надається можливість в односторонньому порядку обрати один з можливих варіантів поведінки: стати до роботи у строк, обумовлений трудовим договором чи законодавством; стати до роботи за наявності поважних причин пізніше встановленого договором строку; відмовитися від виконання ним трудових обов’язків, передбачених трудовим договором, тобто взагалі не розпочати роботу.

На випадок, коли працівник не став до роботи у встановлений строк без поважних причин, законодавець передбачає для роботодавця право відмовити працівникові в наданні роботи. При цьому, як зазначається у проекті, нормативний акт роботодавця, письмовий трудовий договір підлягають анулюванню і на працівника покладається обов’язок повернути роботодавцеві раніше отримані від нього гарантійні й компенсаційні виплати. Однак, водночас постає питання, як повинен діяти роботодавець, коли працівник з поважних причин вийшов на роботу пізніше встановленого строку? Крім того, які саме причини слід розглядати як поважні, який критерій їх поважності чи неповажності?

Видається, що наведена редакція норми проекту Трудового кодексу може викликати певні питання при її застосуванні на практиці, у зв’язку з чим необхідно чітко визначити, по-перше, які причини слід розцінювати як поважні, а, по-друге, як повинен діяти роботодавець у випадку, коли працівник став до роботи пізніше передбаченого трудовим договором строку з поважних причин. Чи слід переукладати в цій ситуації трудовий договір з працівником, вносити до нього зміни, видавати відповідний наказ про зміну дати початку роботи?

На нашу думку, у випадку, коли працівник став до виконання трудових обов’язків пізніше встановленого трудовим договором строку за наявності поважних причин, роботодавець не має права укладати з працівником новий (другий) трудовий договір, оскільки не був анульований перший. У такому разі пропонується наділити роботодавця правом одностороннього внесення змін до трудового договору в частині зміни часу початку роботи з виданням відповідного наказу.

Враховуючи наведене, поняття анулювання трудового договору та визначення його правових наслідків у проекті Трудового кодексу України потребує чіткої регламентації.

**Дмитро Сіроха,**

к.ю.н., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
dmitriy.prof@gmail.com

## СУЧАСНЕ РОЗУМІННЯ ЛОКАЛЬНОЇ НОРМОТВОРЧОСТІ СУБ'ЄКТІВ ТРУДОВОГО ПРАВА

**В** сучасних умовах господарювання та відповідного підвищення рівня регулювання суспільних відносин, поряд із правовими нормами, прийнятими на загальнодержавному рівні, все більшого значення набувають локальні норми, що є результатом нормотворчості суб'єктів відносин, що врегульовуються. При цьому необхідно відмітити, що локальні норми вже давно відомі різним галузям права. Як слушно в цьому аспекті зазначає О.М. Ярошенко, учених-правознавців завжди цікавило дослідження проблем регламентації суспільних відносин внутрішніми актами. Окремі правники вважали, що локальні нормативні акти існували завжди. В умовах переходу до ринкових відносин ці питання набули особливої актуальності<sup>1</sup>. Також підкреслимо, що проблемам локального регулювання не лише трудових, а й інших галузевих правових відносин приділяли увагу в своїх роботах багато відомих вітчизняних та закордонних науковців, але й донині вони все ще належним чином не досліджені та не мають однозначного вирішення.

Переходячи безпосередньо до сучасного розуміння локальної нормотворчості, перш за все, відзначимо, що ще за первісного суспільства джерелом права був правовий звичай, який вважається першою формою існування права, властивою всім правовим системам світу<sup>2</sup>.

У цьому аспекті, зазначимо, що, на нашу думку, звичай є не лише стародавнє джерело права в історії розвитку людства, але й в історії розвитку виробничо-трудоваї, зокрема, локальної нормотворчості учасників відносин, адже між звичаєм і локальними актами простежується безпосередній зв'язок. На підтвердження нашої тези, можна навести тезу авторського колективу монографії “Правовий звичай як джерело українського права (ІХ-ХІХ ст.)”, у якій відмічається, що значення терміна “звичаєве право” у юридичному розумінні формулюють як “локальне (місцеве, альтернативне право)”<sup>3</sup>. Крім того, навіть сьогодні звичай тісно пов'язаний з локальними актами, адже отримуючи значне поширення в діяльності невеликих підприємств (наприклад, суб'єктів малого підприємництва) та постійне своє використання, з часом звичаєві норми даного

<sup>1</sup> Ярошенко О.М. Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України / О.М. Ярошенко [Монографія]. – Х.: Вид. СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – С. 199.

<sup>2</sup> Толкачова Н.Є. Звичаєве право: Навчальний посібник / Н.Є. Толкачова. – К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2006. – С. 67.

<sup>3</sup> Правовий звичай як джерело українського права ІХ – ХІХ ст. / [За ред. І. Б. Усенка]. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 33.

підприємства, установи, організації отримують своє нормативне закріплення саме у формі локальних актів роботодавців. Саме тому головною особливістю звичаєвого права та суттю перших нормативно-правових актів О.В. Богатова називає локальність їх характеру<sup>1</sup>. Крім того, ми підтримуємо тезу К. Петрученка<sup>2</sup>, що, враховуючи безпосереднє утворення звичаїв в межах певної соціальної групи людей, їх обов'язковість, локальність, близькість суб'єкта і адресата виданої норми, звичай можна вважати не тільки історично першою формою джерел права, що виступала регулятором суспільних відносин за часів перших форм державності, а й передумовою місцевої (муніципальної) та, на нашу думку, локальної нормотворчості учасників відносин.

Незважаючи на той факт, що звичай тривалий час був основним джерелом права, з формуванням державного механізму та підвищенням ролі писаних актів, у XII-XIII ст. він відходить на другий додатковий план, тим самим відбувається відповідний перехід від неписаних норм до писемних форм у вигляді відповідних актів уповноважених органів та осіб. Однак, що стосується писемних форм локального регулювання, то одні з перших згадок на території України про регулювання трудових відносин з використанням писемних локальних (внутрішніх) документів роботодавців відносяться до 1886 р., коли у ст. 45 Статуту “Про промислову працю” від 3 червня 1886 р. встановлювалося правило, відповідно до якого професійні спілки могли укладати колективні або тарифні угоди про умови праці. Ці угоди виконували роль нормативних актів, що опосередковують трудові відносини роботодавця з трудовим колективом<sup>3</sup>. Хоча фактично локальні акти роботодавців без належного правового регулювання існували ще раніше, в середині XIX ст. Як зазначає С.С. Лукаш, тогочасним прототипом локальних актів, скоріш за все, можна вважати особливі Положення, які приймалися для кожної посесійної фабрики й затверджувалися Департаментом мануфактури й внутрішньої торгівлі. В таких Положеннях визначався внутрішній розпорядок фабрики, були врегульовані відносини робітника й фабриканта<sup>4</sup>.

В сучасних умовах до розуміння локальної нормотворчості можна виділити декілька наукових підходів. Так, відомі фахівці у галузі трудового права, визначають локальну нормотворчість як суспільно-необхідне явище, важливу методологічну складову трудового права, адже така діяльність сприяє ство-

<sup>1</sup> Богатова О.В. Нормативный правовой акт как источник права: теоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О. В. Богатова – М., 2004. – С. 16.

<sup>2</sup> Петрученко К.І. Історичні аспекти становлення нормативно-правових актів місцевого самоврядування як джерел права / Петрученко К.І. // Наукові записки. Інституту законодавства. Верховної Ради України. – 2012. - № 1. – С. 14-19.

<sup>3</sup> Богдан В.И. Трудовое законодательство России. Историко-правовой анализ / Богдан В.И. – М.: Ось-89, 2003. – С. 32 – 37.

<sup>4</sup> Лукаш С. С. Становлення та розвиток локального регулювання трудових відносин на території України IX- поч.. XX ст.ст. / С.С. Лукаш // Наука і правоохорона. — 2010. - № 4 (10). - С.105-108.



ренню нових джерел права, а саме встановленню локальних нормативних актів, які необхідні для ефективного забезпечення праці і первинного правового регулювання соціально-трудових відносин в організації. При цьому господарська влада, яка є джерелом нормотворчості не є абсолютною, а є обмеженою, з одного боку, обумовленими в законодавстві повноваженнями роботодавця як суб'єкта нормотворчості, а з іншого – тими трудовими правовідносинами, які варто регламентувати шляхом погодження з органами, які представляють інтереси працівників<sup>1</sup>. Другим підходом є звуження розуміння локальної нормотворчості лише до сфери окремої суспільної діяльності, зокрема сфери адміністрації підприємства<sup>2</sup>, самоврядування підприємця<sup>3</sup> чи загалом до певного юридичного процесу. Так, І.С. Кириленко локальну нормотворчість розглядає лише як процесуальне юридичне явище, якому притаманні як загальні процесуальні властивості, як явищу правового плану, так і спеціальні процесуальні властивості, що відображають специфіку локальної нормотворчості в системі правових явищ. При цьому автор наділяє її однією із таких властивостей, як те, що вона являє собою особливий різновид процесуальної юридично значимої діяльності, тим самим забезпечує втілення в правову реальність нормотворчих положень уповноважених суб'єктів, а також забезпечує досягнення бажаного рівня локального правового регулювання суспільних відносин<sup>4</sup>. На нашу думку, в сучасних умовах обмежений підхід до розуміння локальної нормотворчості не відображає всю суть та значення даного явища та потребує перегляду, адже в ринкових демократичних умовах засоби і методи досягнення належного врегулювання соціальної організації повинні обирати самі її суб'єкти, проте юридичною формою цього мають виступати локальні нормативно-правові акти.

Таким чином, зміна засад командно-адміністративного регулювання економіки з урахуванням розвитку ринкових механізмів господарювання, що відбулася на початку 90-х років, обумовила суттєві зміни в законодавстві, а відповідно і у локальній нормотворчості суб'єктів трудового права. Як слушно відмічає С.В. Ухіна, на сучасному етапі правового регулювання суспільних відносин, що складаються в рамках окремо взятої організації (підприємства) значно зростає роль локальної нормотворчості як способу впливу на поведінку людей, що складають єдиний колектив (виробничий, навчальний, науковий

<sup>1</sup> Занфірова Т. А. Філософсько-правові аспекти проблематики локальних нормативних актів трудового права / Т. А. Занфірова // Часопис Київського університету права : український науково-теоретичний часопис. – 2010. – № 3. – С. 129–133.

<sup>2</sup> Тарасова В.А. Локальное правовое регулирование труда / В.А. Тарасова // Трудовое право : энциклопедический словарь. – 4-е изд. – М., 1979. – С. 197 – 198.

<sup>3</sup> Добровольська В. В. Правові засади державного регулювання підприємницької діяльності в Україні : дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В. В. Добровольська – О., 2007. – С. 65.

<sup>4</sup> Кириленко І.С. Локальна нормотворчість в системі юридичного процесу / І. С. Кириленко // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія “Юридичні науки”. – 2013. – Випуск 3. – Том 1. – С. 25-28.

та ін.) за допомогою норм, вироблених самим же колективом<sup>1</sup>. Тим самим, локальна нормотворчість в сучасних умовах є багатоаспектним явищем, одним із основних гнучких та ефективних способів швидкого реагування на зміни економічної ситуації і враховування особливостей розвитку соціальних організацій, окремих регіонів, галузей виробництва, умов праці окремих категорій працівників за допомогою якого здійснюється упорядкування правовідносин у цих сферах.

**Андрій Скоробагатько,**

к.ю.н., доцент, завідувач кафедри цивільного і трудового права  
Одеської національної морської академії  
sav\_256@mail.ru

## **ПОНЯТТЯ КРИТЕРІЇВ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ В ПЕНСІЙНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ**

**Н**аука права соціального забезпечення, як і будь-яка галузева наука, користується певною системою понять, без яких неможливо одержати достовірні знання про об'єкт дослідження, оцінити його сучасний стан і виявити напрямки розвитку на перспективу, які періодично потребують свого переосмислення. Тому, цілком доречно відзначає Н.М. Хуторян, що необхідно удосконалити категоріальний апарат, який вироблений як науковцями, так і законодавцем, оскільки такі поняття, як пенсійне забезпечення, пенсія, утримання та інші засновані на старих концепціях, без врахування реальних ринкових відносин<sup>2</sup>. Однією із таких проблем сьогодні постає питання перегляду критеріїв диференціації в пенсійному забезпеченні, адже нове їх осмислення сприятиме відтворенню у свідомості суспільства суті реальних процесів у пенсійній сфері та визначатиме їх сучасний розвиток.

Звичайно, без належного правового забезпечення суспільних відносин, без чіткої правової політики подальший розвиток української держави, усіх сфер її діяльності – просто неможливий, більш того, соціальне законодавство має відповідати потребам суспільного та економічного розвитку. Дійсно, така політика, зауважує Н.І Чудик-Білоусова, може бути успішно реалізована тільки тоді, коли правотворчість у сфері соціального забезпечення буде здійснюватися на відповідному рівні, уповноваженими суб'єктами й вчасно, шляхом диференціації умов надання відповідних видів соціального забезпечення<sup>3</sup>. На

---

<sup>1</sup> Ухина С. В. Локальное нормотворчество: Вопросы теории и практики : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01 – Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве /С. В. Ухина ; Науч. рук. С. А. Комаров. Волгоград, 2005. – 25 с.

<sup>2</sup> Правові проблеми пенсійного забезпечення в Україні: монографія / Н.М. Хуторян, М.М. Шумило, М.П. Стадник [та ін.]. – К. : Ін Юре, 2012. – С. 4. (540 с.)

<sup>3</sup> Чудык-Белоусова Н.И. Дифференциация как тенденция правотворчества в сфере

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

нашу думку, забезпечення вирішення цього завдання можливе тільки шляхом створення нового пенсійного законодавства на основі науково обґрунтованих критеріїв диференціації, які відображають наявні економічні можливості, дозволять державі у сфері соціального забезпечення врахувати інтереси різних категорій громадян та забезпечити основну ціль соціальної держави, яка виражається в реалізації головних принципів, таких як демократизм, гуманізм, рівність та справедливість.

Підкреслюючи значення ролі критеріїв у розподілі соціальних благ, авторитетна російська вчена Е.Г. Тучкова відзначає, що наскільки ці критерії обґрунтовані, справедливі, соціально необхідні, у кінцевому результаті й залежить ефективність системи в цілому<sup>1</sup>. Цілком погоджуючись з точкою зору вченої, вважаємо, що визначення об'єктивних критеріїв диференціації, на підставі яких відбувається диференційоване регулювання пенсійних відносин, є вкрай актуальним.

Перш ніж дати визначення критеріїв, слід зазначити, що при характеристиці досліджуваної правової категорії, сучасними вченими-юристами вживаються різні терміни, а саме: “критерії диференціації”<sup>2</sup>, “фактори диференціації”<sup>3</sup>, “підстави диференціації”<sup>4</sup>, “найхарактерніші ознаки диференціації підстав надання соціального забезпечення”<sup>5</sup> тощо. Інколи в юридичній літературі ці терміни науковцями вживаються як тотожні, синонімічні за значенням.

Не вдаючись до глибокого термінологічного диспуту, наведемо тільки деякі приклади. Так, професор Е.Г. Тучкова, досліджуючи критерії диференціації у соціальному забезпеченні, вживає при визначенні цієї дефініції термін “критерії”, а в дужках поряд позначає терміном “підстави”. У даному випадку ми спостерігаємо, що вчена розуміє зазначені терміни як синоніми. Досліджуючи питання критеріїв диференціації в найбільш спорідненій галузі – трудовому праві, Ф.Б. Штивельберг висловлює таку точку зору, що використовувані в

---

соціального забезпечення в Україні // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения: Материалы пятой Международной научно-практической конференции / под ред. К. Н. Гусова. – М., Проспект, 2009. – С. 501-502.

<sup>1</sup> Тучкова Э.Г. К вопросу о критериях дифференциации в социальном обеспечении // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения. Материалы пятой Международной научно-практической конференции / под ред. К.Н. Гусова. М., 2009. – С. 402.

<sup>2</sup> Тучкова Э.Г. Указ. соч. – С. 401-412.

<sup>3</sup> Шебанова А.И. Дифференциация правового регулирования труда молодежи / А.И. Шебанова // Советское государство и право. – 1970. – № 5. – С. 121.

<sup>4</sup> Штивельберг Ф.Б. Основания и пределы дифференциации трудового права России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. Цит. по: Юридическая Россия. Федеральный правовой портал: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1155697> (10 января 2009 года).

<sup>5</sup> Бойко М.Д. право соціального забезпечення України: Навч. посіб.: - К. : “Олан”. 2004. – С. 56.

науці трудового права різними вченими поняття “критерії диференціації” і “фактори диференціації” є синонімами й характеризують те саме явище. Сам же Ф.Б. Штительберг вважає більш вірним іменувати цей правовий феномен – “підставами диференціації”<sup>1</sup>. На нашу ж думку, за своїм смисловим значенням названі терміни практично співпадають і за своєю сутністю вони не мають принципових розбіжностей. Але, ми вважаємо, що більш доцільним є використання найчастіше вживаного в юридичній літературі терміну – критерії диференціації.

Цілком логічним постає питання, що науковці розуміють під критеріями диференціації? Насамперед, звернемо увагу на визначення критеріїв, запропоноване Є.В. Астраханцевою. Досліджуючи критерії диференціації правового регулювання в сфері праці й соціального забезпечення, вчена дає ґрунтовне визначення цієї правової категорії. На думку дослідниці, критеріями диференціації є об’єктивно існуючі, стійкі, науково-обґрунтовані, визнані законодавцем суспільно-значимі обставини, що спричиняють необхідність встановлення розходжень у правовому регулюванні праці й соціального забезпечення окремих категорій працівників<sup>2</sup>.

Також заслуговує на увагу й наукова позиція Е.Г. Тучкової щодо тлумачення даного поняття. На думку вченої, у сфері соціального забезпечення “критерії (підстави) диференціації – це обставини, визнані державою соціально значимими, за умови врахування яких вона гарантує конкретну міру споживання соціальних благ у вигляді певного соціального стандарту”<sup>3</sup>. Визначення, запропоноване Є.В. Астраханцевою, на нашу думку, є більш вдалим, на відміну від дефініції, яку обґрунтовує професор Е.Г. Тучкова, оскільки воно глибше розкриває суть критеріїв диференціації, вказуючи на такі ознаки як: стійкість, наукову обґрунтованість, встановлення розходжень у правовому регулюванні правових відносин. Розуміється, зазначені ознаки притаманні критеріям диференціації.

Аналіз наведених дефініцій свідчать, що науковцями до цього часу не вироблено єдиного загальноприйнятого розуміння критеріїв диференціації, на жаль і законодавцем не сформульовано визначення самого поняття критеріїв диференціації. А відсутність у чинному законодавстві відповідної дефініції, в свою чергу, не сприяє визначенню та чіткій систематизації критеріїв диференціації правового регулювання пенсійних відносин.

На нашу думку, в сучасних умовах *під критеріями диференціації пенсійного забезпечення необхідно розуміти* об’єктивно існуючі, стійкі, науково-обґрунтовані,

<sup>1</sup> Штительберг Ф.Б. Указ.соч.

<sup>2</sup> Астраханцева Е.В. Некоторые особенности правового регулирования труда и социального обеспечения работников здравоохранения: Автореф. дис....канд. юрид. наук ; 12.00.05. / Е.В. Астраханцева. – М., 2008. – С. 9.

<sup>3</sup> Тучкова Э.Г. Указ.соч. – С. 403.

визнані законодавцем суспільно-значимими обставини, що спричиняють необхідність встановлення розбіжностей у правовому регулюванні призначення пенсій шляхом встановлення пільг чи обмежень, які застосовуються лише у відношенні окремих категорій працівників (осіб).

Підкреслюючи на сучасному етапі важливість в формуванні пенсійної системи диференційованого регулювання пенсійних відносин, під яким, в самому широкому значенні, ми розуміємо закріплені відмінності у змісті правових норм щодо окремих категорій осіб, які проявляються в пенсійному забезпеченні через надання пільг або встановлення певних обмежень, вважаємо, що досягнення цілей диференціації можливе лише за допомогою формування й використання адекватної системи диференціуючих критеріїв.

Сконцентруємо увагу ще на одному важливому аспекті – на визначенні критеріїв диференціації які застосовуються в пенсійному забезпеченні. Аналіз історичного процесу зміни законодавства свідчить, що спостерігається певна динаміка зміни критеріїв диференціації. Тому в нових умовах формування пенсійної системи важливо враховувати, що диференціація пенсійних норм здійснюється не тільки на підставі традиційних критеріїв (важкі, шкідливі умови праці тощо), а й на підставі якісно нових критеріїв, пов'язаних, у першу чергу, з переглядом джерел фінансового забезпечення пенсійних виплат. У зв'язку з цим, для вироблення ефективного пенсійного законодавства (спроможного створити і забезпечувати ефективність і справедливість пенсійної системи), особливої актуальності набуває питання визначення якісно нових критеріїв диференціації.

Аналіз правових норм свідчить, що в діючому пенсійному законодавстві застосовуються досить різноманітні критерії диференціації. Вони проявляються в підставах виникнення права на той чи інший вид пенсії, враховується трудовий внесок працівника, характер і тривалість його трудової діяльності, період страхового стажу й розмір сплачених внесків у Пенсійний фонд України, проживання на особливих територіях тощо, що дає нам можливість визначити такі основні критерії диференціації: *характер та специфіка умов праці; тривалість страхового (трудового) стажу чи спеціального стажу (вислуги років); суб'єктивні властивості особи та її сім'ї, специфіка професії працівників, правовий статус громадян, група інвалідності та причини її настання, розмір попереднього заробітку та розмір внесків до Пенсійного фонду.*

На наш погляд, означені критерії є основними і обумовленими соціально-економічними потребами суспільства на даному етапі його розвитку. Ці критерії виражені в сучасному пенсійному законодавстві України і саме вони об'єктивно відображають реальні відмінності в умовах пенсійного забезпечення та забезпечують диференційоване регулювання цих відносин.

## ДО ПИТАННЯ ПРО КРИЗУ СУЧАСНОГО ПРАВА

Початок XXI століття ознаменувався бурхливим розвитком складних та суперечливих соціальних процесів, які зачепили практично всі важливі сфери людського буття: економіку, політику, освіту, культуру тощо. При цьому особливого розвитку зазнала інформаційно-технічна сфера людської діяльності, яка, з одного боку, значно полегшала світовому співтовариству комунікативні можливості та створила додаткові умови для ефективної реалізації людського потенціалу, а з іншого – поставила перед людством чимало надскладних питань глобального виміру, адекватні відповіді на які ще не знайдено.

Незважаючи на те, що поступальний розвиток світового співтовариства неухильно рухається у напрямку демократизації, лібералізації та гуманізації суспільного життя, початок другого десятиліття у XXI столітті ознаменувався глобальними кризовими явищами як міжнародного, так і національного масштабу, що мають всі ознаки системності, а отже, стабільності свого подальшого прояву та розвитку. При цьому мова йде не лише про світову фінансово-економічну кризу, яка почалася ще з кінця 2008 року, а про такі системні кризові соціальні явища, як криза культури і духовності, криза традиційної сім'ї, криза людської свідомості та її світоглядних засад, нарешті, і це найголовніше, кризу сучасного світового порядку та миротворчої функції ООН, за допомогою чого вже 70 років людство живе без глобальних чи навіть великих війн. Не оминула криза і сучасне право.

Загальновідомо, що правова система суспільства є частиною соціальної системи в цілому, елементами якої також виступають економічна, політична, культурна системи тощо. Всі зазначені складові соціальної системи тісно взаємопов'язані між собою у зв'язку з чим кризові явища або тенденції, що існують у тій чи іншій сфері життєдіяльності суспільства не можуть в певній мірі не позначитися на праві та його ефективності, що підлягає оцінці з боку суспільства (зовнішній аспект кризи права). Втім, незважаючи на те, що право взаємопов'язане практично з усіма іншими соціальними явищами, воно не позбавлене відносної внутрішньої самостійності, що безпосередньо пов'язана з його природою як державного регулятора суспільних відносин (внутрішній або сутнісний аспект кризи права). При цьому варто відмітити, що межа між так званими зовнішніми та внутрішніми кризовими тенденціями у праві є умовною та рухливою.

Таким чином, не піддаючи сумніву той факт, що різноманітні кризові явища у соціальному житті як українського суспільства, так і міжнародної спільноти, у визначеній мірі спричиняють відповідні кризові явища у правовій системі та,

зокрема, правовому регулюванні суспільних відносин, зупинимося на внутрішньому аспекті кризи сучасного права, спробувавши обґрунтувати його сутнісне, першочергове значення.

Для того щоб зрозуміти в чому саме полягає внутрішній або сутнісний аспект кризи сучасного права, необхідно спочатку відповісти на питання, що слід розуміти під сутністю права, або, принаймні, яка властивість права є визначальною при конструюванні поняття “сутність права”?

Не вдаючись до аналізу різноманітних підходів до розуміння поняття “сутність права”, що представлені у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі, вважаємо, що сутність права беззаперечно проявляється у його регулятивній властивості, тобто у здатності реально впливати на розвиток суспільних відносин. На це звертають увагу окремі науковці, які зазначають, що “незалежно від типу, форми або інших зовнішніх обставин по відношенню до держави і суспільству право за своєю сутністю завжди виступає як регулятор економічних, політичних, культурних та інших відносин, що склалися у суспільстві”<sup>1</sup>.

Однак при цьому виникає закономірне питання: яким чином відрізнити право від інших соціальних регуляторів, зокрема, моралі та релігії, норми яких також справляють значний вплив на соціальне життя в цілому? У цьому контексті справедливо зазначає В. Лапаєва, яка пише, що “для визначення сутнісних рис того чи іншого явища, необхідно сформулювати такі його ознаки, які завжди присутні у цього явища і за жодних умов – у будь-якого іншого”<sup>2</sup>.

На нашу думку, сутнісною особливістю права, яка дає змогу відрізнити його від будь-якого іншого соціального регулятора є те, що право – це особливий, державний регулятор суспільних відносин, тобто регулятор, дієвість якого забезпечується як авторитетністю державно-владних інститутів, так і можливістю застосування примусових заходів від імені держави до порушників правових норм. Даною сутнісною ознакою права не володіють жодні інші соціальні регулятори, оскільки саме право, а не, наприклад, мораль або релігія – це ексклюзивний інструмент державного регулювання суспільних відносин та дієвого впливу на соціальні процеси.

З’ясувавши, що слід розуміти під сутністю права, спробуємо визначити, в чому полягає сутнісний або внутрішній аспект кризи сучасного права?

Як вже попередньо зазначалося, право не є єдиним регулятором суспільних відносин, а існує та функціонує поряд з дією інших соціальних регуляторів, основними серед яких є мораль та релігія. При цьому слід відмітити той факт, що всі соціальні регулятори об’єктивно формувалися по мірі розвитку суспільства, ускладнення соціальних процесів, утворивши в кінцевому рахунку цілісну

<sup>1</sup> Дубовицкая О. Н. Сущность права в теории правогебеза / О. Н. Дубовицкая // Вестник Тамбовского государственного университета. – 2011. – Вып. 10 (102). – С. 287 (С.283-287).

<sup>2</sup> Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: монография / В.В.Лапаева. – М.: Российская академия правосудия, 2012. – С. 354 (579 с.).

та узгоджену соціонормативну систему регулювання людських взаємовідносин. І це, на нашу думку, є цілком закономірним, адже кожний окремо взятий вид соціальної регуляції поведінки людей, принаймні, у державно організованому суспільстві, що характеризується антагоністичними проявами свого функціонування та розвитку, які нерідко набувають гострих конфліктних форм, ніколи не може бути самодостатнім, таким, що здатний знайти в собі необхідні засоби для недопущення або уникнення суспільної деградації. Правові норми можуть успішно діяти в суспільстві лише у тому випадку, якщо вони спираються на глибоку внутрішню психічну мотивацію, яка формується насамперед за допомогою традиційних для конкретного суспільства моральних та релігійних норм. Якщо така внутрішня моральна мотивація поступово втрачається, розмиваючись у різноманітних та часом повністю взаємовиключних ідеологічних установах, починає відбуватися дивергенція основних нормативно-регулятивних систем – релігії, моралі і права. Така дивергенція може катастрофічним чином позначитися на процесі людського розвитку, про що яскраво засвідчили революції та світові війни з багатомільйонними жертвами, що мали місце протягом ХХ століття, а також численні події в різних куточках світу на початку ХХІ століття, у тому числі військові події на сході України 2014 року.

Невипадково у науковій літературі зазначається, що право, будучи сферою духовного життя людей, формується як внутрішнє прагнення до удосконалення суспільних відносин; воно породжується духовною діяльністю суспільства та на нього спрямовує свій регулятивний вплив, забезпечуючись через уповноважені державні органи<sup>1</sup>. При цьому не лише право, а й мораль та релігія є сферами духовного життя людей, що спрямовані на удосконалення людських взаємовідносин. Адже право, мораль і релігія є формами прояву єдиного цілого – загальнолюдської культури. Відомо, що в процесі соціалізації особистість активно осмислює об'єктивний навколишній світ та своє власне буття у ньому. Засвоєння людиною оточуючого середовища відбувається через усвідомлення суспільних відносин, ціннісно-нормативних систем, соціальних регуляторів діяльності індивіда тощо. Соціальне буття як предмет відображення та об'єкт впливу особистості являє собою взаємодію різних суспільних відносин, в систему яких людина долучається через соціальні норми, що пред'являються до індивіда, засвоюються та реалізуються ним і, у свою чергу, являють собою єдину соціонормативну систему. Така соціонормативна система може бути представлена як сукупність декількох ціннісно-нормативних систем, насамперед, правової, моральної та релігійної<sup>2</sup>.

У науковій літературі справедливо наголошується, що без належного визнання духовної сутності права, його безпосереднього взаємозв'язку із релігійними

<sup>1</sup> Ивашевский С. Л. Идеальная сущность права: постановка проблемы / С. Л. Ивашевский // Журнал российского права. – 2007. – № 1. – С. 108-109 (С. 108-114).

<sup>2</sup> Сокольская Л. В. Диалектика взаимодействия права, морали и нравственности / Л. В. Сокольская // Lex Russica. – 2008. – Т. LXVII. – № 4. – С. 744 (С. 740-751).



та моральними нормами, що мають свої витоки у абсолютному Божественному одкровенні, не можливо вирішити величезну кількість теоретичних і практичних проблем права, встановити справжні причини їх виникнення та розвитку. Без сприйняття духовної, морально-релігійної “тональності” поняття права неможливо також пізнати його конкретний зміст, виявити співвідношення і взаємозв’язок різних, нерідко суперечливих правових теорій, концепцій, категорій і понять, а також теоретично, нормативно, інституційно і функціонально вирішувати складні проблеми практичної юриспруденції у всіх її галузевих спрямуваннях<sup>1</sup>.

Не можна не враховувати того факту, що мораль та релігія, так само як і право, регулює поведінку людини у всіх сферах суспільного життя. Адже так чи інакше, але будь-які правові відносини завжди є відносинами між відповідними людьми, індивідами, навіть якщо безпосередніми учасниками виступають різноманітні органи та організації. Це означає, що такі правові відносини завжди можна оцінити не лише з точки зору їх відповідності нормативно-встановленій моделі, закріпленій у правовій нормі, а й, зокрема, з позиції виконання людиною свого морального обов’язку, добросовісності, справедливості та порядності (наприклад, ділові відносини між суб’єктами господарської діяльності також можуть бути оцінені з точки зору їх чесності, усвідомлення громадського обов’язку та нетерпимості до порушення суспільних інтересів; трудові відносини на підприємстві також оцінюються з точки зору відданості людини власній праці, сумлінного та добросовісного виконання нею своїх службових обов’язків на благо не лише особистого, а й суспільного розвитку в цілому). Як справедливо зазначає О. Лукашова, “право – це етична категорія, і не може бути права, до якого неможливо було б застосувати моральної оцінки з позиції добра, зла, чесного, безчесного тощо”<sup>2</sup>.

Слід також зазначити, що розбалансованість системи соціального регулювання, що виражається, зокрема, у прагненні безперспективно “перекласти на плечі” права тягар всіх основних соціальних регуляторів, призводить також до хибного розуміння моралі вже не як об’єктивно існуючого цілісного суспільного явища, яке дає чіткі та однозначні критерії розмежування доброго від злого, хорошого від поганого, правди від неправди тощо, а як до так званої автономної або приватної моралі, яка відкидає розум і досвід минулих поколінь, що забезпечують наступність моральної свідомості особистості, і зводить розуміння моралі лише до суб’єктивного сприйняття індивідом тих чи інших моральних настанов. Таку приватну або автономну мораль можна виразити за допомогою наступної формули: “мораллю визнається лише те, що особисто сприймається індивідом та пов’язується з отриманням ним певного задово-

<sup>1</sup> Осипян Б. А. Корень поняття “правомерность” / Б. А. Осипян // Современное право. – 2008. – № 1. – С. 76-77 (С. 69-78).

<sup>2</sup> Лукашева Е. А. Право, мораль, личность / Отв. ред.: Чхиквадзе В. М. / Е. А. Лукашева. – М.: Наука, 1986. – С. 120 (263 с.).

лення або блага”. Іншими словами, якщо моральні настанови певним чином обмежують моє особисте право і бажання на отримання блага або задоволення того чи іншого інтересу, я не буду керуватися ними як відповідними критеріями, що дають змогу зробити правильний вибір варіанту своєї поведінки. Це ж саме можна з упевненістю стверджувати і про релігію, яка дедалі сильніше набуває своєї автономної, приватної форми.

За таких умов ми бачимо, що право поступово перетворилося у так звану “річ в собі”, тобто у самодостатню систему норм, цінностей, інститутів, цілей, функцій тощо, які засновуються на самих собі або ж на відповідних абстракціях, конкретним змістом яких завжди можна маніпулювати. Такі ж фундаментальні ціннісні нормативно-регулятивні системи як релігія і мораль та похідні від них категорії совість, честь, гідність, моральні переконання тощо, проголошуються лише приватною справою відповідних суб’єктів і тому, на нашу думку, їм неправомірно відводиться другорядна роль у забезпеченні загально-соціального регулювання та контролю, до яких держава повинна відноситися нейтрально. Конституційне ж закріплення нейтралітету або фактично байдужості до зазначених ціннісно-нормативних орієнтирів людського світогляду, в основі яких перебуває Абсолютне Божественне начало, неминуче призводить до стану низького рівня правосвідомості та правової культури, законодавчого та правозастосовного свавілля.

Підсумовуючи вищенаведене, зазначимо, що сучасне право світового співтовариства в цілому, у тому числі в Україні, переживає один із найдраматичніших періодів свого розвитку, сутнісний аспект своєї кризи, який полягає у деструкції всієї системи соціонормативного регулювання, що виявляється у яскраво вираженій тенденції до штучного руйнування об’єктивно функціонуючих системних взаємозв’язків між різними нормативно-регулятивними системами (передусім права, моралі та релігії), поступовому відходу нормативно-правового регулювання від його телеологічних морально-релігійних настанов та принципів.

**Володимир Сухонос,**

д.ю.н., професор, професор кафедри державно-правових дисциплін  
ДВНЗ “Українська академія банківської справи Національного банку України”  
vladimir-sukhonos@yandex.ua

## **МЕХАНІЗМ ДЕРЖАВИ: ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ АСПЕКТ**

Однією з найбільш важливих категорій сучасного державознавства є “механізм держави”. Проте його аналіз в більшості як навчальних, так і наукових праць, здебільшого зосереджений навколо структурної характеристики цього поняття.

Зокрема, у переважній більшості підручників з теорії держави і права, увага, головним чином, приділяється державним органам, інколи – державним уста-

новам, і дуже рідко – державним підприємствам, тобто категоріям, які можна назвати “державними організаціями”<sup>1</sup>.

Водночас, за рідким виключенням<sup>2</sup>, функціональна характеристика державного механізму, залишається поза увагою переважної більшості дослідників. Така недооцінка цього питання фактично не дозволяє як дослідникам, так і державним діячам, виходити за всім відомі межі усвідомлення самої категорії “механізм держави”. І це все відбувається в умовах світової постіндустріальної революції, під час якої “головним при прийнятті рішень та управлінні змінами” стає домінування теоретичних знань<sup>3</sup>.

Якщо ж дослідники навіть не усвідомлюють можливості інших прийомів та принципів діяльності державного механізму, то вони не зможуть дати пораду вітчизняним політикам, яка буде найбільш адекватною вимогам сьогодення.

Таким чином, механізм держави слід розглядати не лише із структурного (державні організації), а й з функціонального аспекту, втіленням якого виступають державні технології.

Категорія “технологія” походить від поєднання двох грецьких слів “techne”, яке позначає “мистецтво”, майстерність” або “вміння” та “logos”, тобто “наука”. Інакше кажучи, технологія – це “сукупність методів обробки, виготовлення, зміни стану (властивостей, форми) первинної сировини у процесі відтворення остаточної продукції”<sup>4</sup>.

Здебільшого категорія “технології” є характерною для технічних дисциплін: кібернетики, інформатики, робототехніки та ін.

Проте, вже у 1967 р. видатний польський письменник та філософ С. Лем висунув ідею існування так званих соціальних технологій, під якими він розумів “обумовлені станом знань та суспільною ефективністю способи досягнення цілей, що встановлюються суспільством”<sup>5</sup>.

Адаптуючи категорію “соціальних технологій” до держави, ми можемо висунути саму ідею державних технологій. На нашу думку, державні технології – це обумовлені станом знань та загальною ефективністю способи досягнення мети, що встановлюється державою.

Усю сукупність державних технологій можна звести до трьох груп: бюро-

<sup>1</sup> Сухонос В. В. Теорія держави і права : [навч. посібник] / Сухонос В. В. – Суми : ВТД “Університетська книга”, 2005. – С. 190–191.

<sup>2</sup> Общая теория права и государства : учебник / [Афанасьев В. С., Герасимов А. П., Гойман В. И. и др.]; под ред. В. В. Лазарева. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Юристъ, 1996. – С. 45.

<sup>3</sup> Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования / Даниел Белл ; [пер. с англ. под ред. В. Л. Инноземцева]. – М. : Academia, 1999. – С. 25.

<sup>4</sup> Рыбалкина М. Нанотехнологии для всех. Большое в малом [Электронный ресурс] / Мария Рыбалкина ; Nanotechnology News Network. – Режим доступа : <http://www.nanonewsnet.ru/files/users/ul/download-book.png>.

<sup>5</sup> Лем С. Сумма технологии / С. Лем ; [пер. с польск. под ред. С. Переслегина и Н. Ютанова]. – М. : АСТ; СПб. : Terra Fantastica, 2002. – С. 22. – (Philosophy).

кратія, антибюрократичні державні технології і державне проектування, яке може існувати як в умовах бюрократії, так і в умовах технологій, що їй протистоять.

Особливе місце бюрократії визначається тим, що на сьогодні вона є найбільш поширеною з державних технологій. Бюрократія — це державна технологія, для якої є характерним спеціалізований розподіл праці, чітка управлінська ієрархія, правила, стандарти та загальнообов'язкові заздалегідь регламентовані процедури, виконання яких не залежить від того, хто саме і стосовно кого їх виконує.

В умовах бюрократії усі рівні перед єдиним порядком. Уніфікація перетворюється в гарантію проти недоліків державних чиновників і можливості зловживань, у гаранта стабільності в суспільстві.

Фактично ми можемо стверджувати, що бюрократія є найбільш ефективною державною технологією у сфері забезпечення стабільності. Інакше кажучи бюрократія найкраще стабілізує ситуацію в державі і жодна з інших технологій (в тому числі і диктатура) не здатна стабілізувати ситуацію в країні так, як це може зробити бюрократія.

Водночас, передбачувані бюрократією процедури дуже часто стоять на заваді змінам. Саме в умовах змін бюрократія перетворюється на бюрократизм — хворобу державного апарату, з якою і пов'язані ті проблеми, завдяки котрим слово “бюрократ” набуло негативного змісту.

Річ у тім, що будучи технологією стабільності, бюрократія є абсолютно неспроможною до організацію будь-якого розвитку, до будь-яких змін.

Саме тому, з метою подолання бюрократизму, можна використати небюрократичні державні технології — диктатуру, адхократію, креативну корпорацію, електронне урядування, соціальну ієрархію, розумну організацію та ін.

Проте, щоб їх використати, слід мати на увазі, що такі технології існують, а також усвідомити їхні сильні та слабкі сторони.

Зокрема, диктатура (від лат. dicto — диктую, наказую), якою позначається необмежене володарювання однієї особи або якоїсь верстви чи групи, яке спирається на насильство і не пов'язане жодними законами, досить ефективно може покарати конкретного чиновника-бюрократа, проте далеко не завжди здатна долати бюрократизм як явище (більшовицька диктатура — одне з небагатьох прикладів, коли ця технологія виявилася здатною тимчасово подолати бюрократизм, який самі більшовики називали саботажем).

Соціальна ієрархія — це правління осіб, що займають провідне становище виключно за правом походження. Проте, як державна технологія, соціальна ієрархія була характерною для аграрного суспільства і на сучасному етапі постіндустріальної революції є недоречною.

Досить ефективним способом подолання бюрократизму є електронний урядування — це використання в органах державного управління сучасних інформаційно-комунікаційних та технологій. Проте на сьогодні воно є резуль-

татом постіндустріальної революції і, фактично, є бюрократією нової ери. Як на нашу думку, електронне урядування не здатне до самостійного забезпечення науково-технічного розвитку, проте його застосування в роботі державного апарату набагато більше сприятиме задоволенню потреб громадян в державно-управлінських послугах.

Як уявляється, найбільш ефективними державними технологіями, що здатні забезпечити організацію науково-технічної революції є адхократія і креативна корпорація.

Адхократія (від лат. *ad hoc* – “для цього”, “застосовуючи до цього”, спеціально для цього випадку, для певного випадку<sup>1</sup>) є однією з антибюрократичних державних технологій. Видатний американський мислитель Е. Тоффлер розглядає адхократію як структуру “холдингового типу, що координує роботу багатьох тимчасових робочих груп, які виникають і припиняють свою діяльність відповідно до темпів змін у оточуючому організації середовищі”<sup>2</sup>. Фактично адхократія означає створення цільової групи, яка повинна реалізувати конкретний проект. Класичним прикладом адхократії був Спеціальний комітет, на який було покладено “керівництво усіма роботами з використання внутріатомної енергії урану”<sup>3</sup>. Як відомо, саме завдяки його діяльності СРСР протягом чотирьох років (1945-1949 рр.) став ядерною державою, отримавши власну атомну бомбу.

Щодо креативної корпорації, то основним завданням її утворення та діяльності є не стільки координація мети корпорації та суспільства, скільки самовираження та самоствердження її творців. На сьогодні досить ефективно креативно-корпоративний принцип реалізує Управління перспективних досліджень міністерства оборони США – ДАРПА (DARPA – Defense Advanced Research Projects Agency). Саме воно втілює в життя значну кількість програм та проектів, які істотно впливають на розвиток національної технологічної бази і при цьому основні зусилля зосереджує на реалізації проектів з достатньо низькою вірогідністю успіху, але пов’язаних з науковими та технологічними проривами, які можуть привести до якісно нових можливостей у сфері “вирішення завдань забезпечення національної безпеки”<sup>4</sup>. Діяльність ДАРПА є досить впливовою на сьогодні: як відомо, саме в рамках цієї структури з’явилися GPS-навігатори та знаменитий Інтернет.

<sup>1</sup> Тоффлер Э. Шок будущего / Э. Тоффлер ; [пер. с англ. К. Бурмистрова]. – М. : АСТ, 2001. – С. 144. – (Philosophy).

<sup>2</sup> Тоффлер О. Адаптивная корпорация / О. Тоффлер : [пер. с англ.] // Новая постиндустриальная волна на Западе : антология / [ред. В. Л. Иноземцев]. – М. : Academia, 1999. – С. 453.

<sup>3</sup> Берия С. Мой отец – Лаврентий Берия / Серго Берия. – М.: Современник, 1994. – С. 261. – (Осмысление века: дети об отцах).

<sup>4</sup> Нелидов М. Роль управления перспективных исследований МО США в создании вооружений и военной техники / М. Нелидов // Зарубежное военное обозрение. – 2013. – № 3. – С. 28.

Технологія розумної організації передбачає динамічне середовище, що здатне мати у собі об'єднану когнітивну модель і виконувати самовільні маніпуляції із своєю когнітивною моделлю не лише вимушено (реагуючи на зміни у навколишньому середовищі), а й самочинно, за власною волею. На сьогодні ця технологія здебільшого є гіпотетичною, хоча розробки в цій сфері можуть мати досить впливовий прикладний характер.

Щодо державного проектування (діяльності держави по створенню державних проєктів), то вони існують у вигляді державних планів (були характерні для СРСР), які вважалися законом, державних прогнозів, які здійснюються на науковій основі, державних програм та моделей розвитку регіонів. Їхня специфіка полягає у тому, що державне програмування – це процес створення державою програми розвитку (економічного, політичного, соціального, культурного, правового тощо) суспільства, а державне модулювання є процесом створення моделей розвитку певних регіонів.

Таким чином, виходячи з усього вищенаведеного, механізм держави слід розглядати як цілісну систему державних організацій чи технологій, що практично здійснюють державну владу, завдання і функції держави.

**Ірина Тарасова,**  
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін  
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна  
a\_trifonova@ukr.net

## **ДОГОВІР ПРО СТВОРЕННЯ КІНОСЦЕНАРІЮ ЗА ЛІТЕРАТУРНИМ ТВОРОМ**

**О**кремим видом договору про створення за замовленням і використання літературного твору є кіносценарний договір. Кіносценарій, який створюється за літературним твором, є у розумінні авторського права похідним твором, переробкою. При чому така переробка є міжжанровою, тобто із оповідального твору створюється драматичний – кіносценарій.

Незважаючи на поширеність відносин щодо створення кіносценаріїв, у науковій літературі з авторського права на цей час бракує робіт, присвячених кіносценарному договору. Законодавством України також не передбачено окремого кіносценарного договору. Хоча безумовно такий договір має певні специфічні притаманні йому риси. Спробуємо визначити ці риси для вироблення подальших рекомендацій щодо складання кіносценарних договорів та регулювання відносин між сторонами цих договорів.

За визначенням Антимонов Б.С., Флейшиц Є.А., кіносценарний договір є договором, за яким автор зобов'язується передати або, найчастіше всього, написати і передати кіностудії сценарій кінофільму, а студія – заплатити автору обумовлену винагороду<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Курс советского гражданского права. Авторское

Якщо сценарій створює не автор оригінального літературного твору, а інша особа, як доволі часто трапляється на практиці, то у автора оригіналу потрібно отримати право на переробку.

Вважаємо, що в договорі, потрібно встановити межі такої переробки літературного твору. Так, при переробці літературного твору в кіносценарій до фабули твору не можуть вноситися зміни, проти яких заперечує автор. Це положення виходить з права автора не недоторканість твору. Але, цілком погоджуємось з Антимоновим Б.С., Флейшиц Є.А, що це повинно бути закріплене у законі, оскільки посилання на потреби “техніки” постановки фільму могли б іноді намагатися обґрунтувати зміни до фабули твору під час переробки його у кіносценарій<sup>1</sup>.

Літературний сценарій є проміжною ланкою між оригіналом літературного твору і режисерським сценарієм, який використовується для постановки кінофільму. А.П. Сергеев вказує, що літературний сценарій на відміну, наприклад, від драматичного твору використовується не в своєму незмінному вигляді, а слугує основою для створення більш наближеного до потреб кінематографа, телебачення, радіо, режисерського сценарію, за яким, власне, ставиться фільм або робиться передача. У цьому сенсі сценарний договір передбачає, що твір (сценарій) може бути використано у зміненому вигляді<sup>2</sup>.

Отже, аудіовізуальний твір (кінофільм) може у значній мірі викривляти літературний твір, що слугує його основою, оскільки первісний літературний твір проходить через сприйняття щонайменше автора сценарію і режисера. Тому у кіносценарному договорі повинна бути закріплена можливість автора оригіналу здійснювати свого роду “авторський нагляд” за створенням режисерського кіносценарію та постановкою кінофільму для того, щоб згодом не було підстав для виникнення спору щодо порушення права автора на недоторканість твору. Таке ж право потрібно надати автору сценарію під час постановки фільму.

Сторонами кіносценарного договору є кіностудія й автор сценарію. Створення кіносценарію можливе і без договору, якщо автор-сценарист працює в штаті кіностудії на підставі трудового договору. Тоді сценарій створюється в порядку виконання службового завдання, і, відповідно, є службовим твором.

Кіносценарний договір повинен визначити строк, не пізніше якого автор зобов'язаний надати сценарій кіностудії. Це пов'язано з тим, що від цього строку залежить тривалість всього процесу виробництва кінофільму<sup>3</sup>.

Оскільки сценарій кінофільму створюється за завданням кіностудії, у до-

---

право. – М., 1957. – С. 240.

<sup>1</sup> Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Курс советского гражданского права. Авторское право. – М., 1957. – С. 267.

<sup>2</sup> Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М.: “Теис”. 1996. – С. 266.

<sup>3</sup> Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Курс советского гражданского права. Авторское право. – М., 1957. – С. 246.

говорі повинні бути чітко прописані вимоги до майбутнього сценарію або такі вимоги повинні бути викладені у “технічному завданні”, що буде додатком до кіносценарного договору.

Якщо вказані вимоги не будуть дотримані автором сценарію і відповідні виправлення і доповнення не будуть внесені до тексту сценарію, кіностудія матиме право відхилити сценарій і вимагати повернення авансу, сплаченого автору сценарію. Відповідно в кіносценарному договорі потрібно встановити строк на виправлення і доповнення, а також визначити відповідальність за невідповідність сценарію вимогам кіностудії.

Для найбільш ефективного результату написання сценарію у кіносценарному договорі повинно бути закріплене право автора сценарію на консультації від співробітників кіностудії, що будуть залучені до постановки кінофільму, а також право робити відповідні запити, пов’язані з роз’ясненням особливостей постановочного процесу. Також подібні запити і консультації повинен забезпечити автору сценарію режисер фільму задля забезпечення відповідності сценарію творчому задуму режисера.

Дискусійним уявляється питання про право автора сценарію на участь у підборі акторів для кінофільму та внесення пропозицій щодо постановки. З одного боку такі права можуть заважати роботі режисера і ускладнювати процес, з іншого – якщо відсторонити автора сценарію від постановки, то це може призвести до можливих претензій щодо порушення права автора сценарію на недоторканість твору.

Із вказаним питанням пов’язане також питання про надання автору сценарію можливості участі в роботі знімальної групи для надання консультацій режисеру-постановнику й акторам, ознайомлення автора з режисерським сценарієм, пробами акторів, ескізами декорацій, костюмів та гримів, знятим матеріалом тощо. У кіносценарному договорі треба чітко визначити, чи надаються автору сценарію вказані права, задля уникнення в майбутньому спору щодо повноважень автору сценарію при постановці фільму.

Нерідко автор сценарію співпрацює з автором літературного твору у процесі роботи. Якщо при цьому є наявним творчий внесок автора літературного твору, то його слід вважати співавтором. У цьому питанні притримуємось точки зору Ю.С. Крицака, що здійснення суб’єктивного авторського права на літературний твір може відбуватися не лише завдяки власним діям автора, а також завдяки спільним з іншими особами діям. Так, переробка роману, повісті чи іншого літературного твору у кінематографічний твір є можливою: а) завдяки спільним діям автора літературного твору та автора переробленого у кінематографічний твір (автора сценарію художнього фільму); б) завдяки власним діям автора літературного твору, який сам напише сценарій художнього фільму<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Крицак Ю.С. Здійснення суб’єктивного авторського права на літературний твір [Текст] : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ю. О. Крицак ; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака. - Київ : [б. и.], 2014. – С.9.



Важливою умовою кіносценарного договору є авторська винагорода виконавця. Причому ця винагорода повинна бути виплачена автору навіть якщо у процесі виконання договору замовник відмовиться від подальшого остаточного створення сценарію, який буде використано у постановці.

Таким чином, кіносценарний договір є особливим видом договору про створення за замовленням і використанням твору, предметом якого є створення похідного драматичного твору – кіносценарію і передання виключних майнових прав на цей твір.

**Тетяна Тарахонич,**

к.ю.н., старший науковий співробітник відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
specrada@hotmail.com

## **ТЕОРІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЯК ОДНА ІЗ ФОРМ УЗАГАЛЬНЕННЯ НАУКОВОГО ЗНАННЯ**

У різні історичні епохи правові наукові знання мали різний ступінь розвитку, починаючи від окремих наукових ідей, принципів, певної ідеології до формування певних учень, концепцій, доктрин, які в своїй сукупності склали відповідну теорію. Теорія є формою систематизації наукових знань та засобом аналізу її закономірностей. Вона є способом опису об'єктивної дійсності, цілісною, відносно замкненою системою знань, виникає на підставі гіпотез, що є узагальненням об'єктивних фактів, досвіду, спостереження, практики та дає цілісне, систематизоване уявлення про об'єкт пізнання.

Формування відповідної теорії відбувається не лише шляхом формування розрізнених понять, узагальненням тих чи інших суджень, а шляхом об'єднання розрізненого знання в єдину концептуальну систему. Теорія має певну структуру; їй властиві пізнавальні функції; в основі теорії покладено вихідні поняття та твердження (принципи, аксіоми) та похідні поняття, які називаються логічними наслідками, висновками тощо.

Розвиток теорії – це не іманентне логічне перетворення теоретичної думки, а процес активної переробки емпіричної інформації у власний зміст теорії, концентрація та збагачення її понятійним апаратом<sup>1</sup>.

Нажаль, до теперішнього часу не розроблено комплексного підходу в розумінні правового регулювання, науково обґрунтованої теорії правового регулювання, яка б дозволила систематизувати різні погляди щодо його поняття, особливостей, взаємодії із суміжними правовими категоріями.

Концептуальні засади теорії правового регулювання як одна із форм узагальненого наукового знання, є сукупністю якісно нових, ґрунтовних знань про

---

<sup>1</sup> Философский энциклопедический словарь. / Редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичев и др. – 2-е изд. – М.: Сов. Энциклопедия, 1989. – С. 650. (815 с.).

предмет дослідження. Їй притаманні окрім загальних ознак теорії, особливі, які відрізняють її від інших форм наукового знання, в тому числі від емпіричних, ненаукових, дискусійних, недостатньо обґрунтованих, а саме:

- формування концептуальних засад теорії правового регулювання є закономірним результатом попередньої пізнавальної діяльності та повинні відповідати науковим фактам. На сучасному етапі розвитку юридичної думки, категорія “правове регулювання” наповнюється новим змістом і, на нашу думку, її слід розглядати через поняття правового впливу, враховуючи той факт, що правовий вплив – категорія більш широка у порівнянні з правовим регулюванням. Правове регулювання – це, насамперед, комплексна наукова категорія, яка характеризується як правовий вплив на суспільні відносини, що здійснюється через систему юридичних засобів, способів, форм та методів з метою приведення їх у відповідність з потребами суспільства, забезпечення у ньому порядку та стабільності.
- Методологічно центральне місце в концептуальних засадах теорії правового регулювання, як і в будь-якій іншій теорії, повинно належати ідеалізованому об’єкту. Ідеалізований об’єкт може набувати різних форм, виступати тим конструктивним засобом, за допомогою якого аналізується вся система будь-якої теорії та бути не лише теоретичною моделлю суттєвих зв’язків реальності, а і передбачати певні етапи дослідження. Ідеалізованим об’єктом теорії правового регулювання є суспільні відносини, які впорядковуються за допомогою певної сукупності засобів регулятивного впливу. Оскільки основним завданням теорії правового регулювання є упорядкування емпіричного та теоретичного матеріалу, то суттєвим аспектом дослідження ідеалізованого об’єкта є формування його понятійно-категорійного апарату.
- Концептуальні засади теорії правового регулювання включають поняття та категорії, які характеризуються логічною послідовністю, простотою та відображають більш глибоке якісне розуміння сутності правового регулювання. Аналіз структури концептуальних засад теорії правового регулювання слід починати з аналізу її основних понять, а саме: засобів, способів, методів, типів правового регулювання, його механізму тощо. Даний процес є необхідним для поглиблення наукового знання, його систематизації та розвитку.
- Окремі поняття та судження, які характеризують правове регулювання з різних сторін повинні бути об’єднані в систему з метою забезпечення єдності та цілісності предмета дослідження.
- Важливе місце в структурі теорії відводиться науковим гіпотезам, правовим принципам, юридичним закономірностям та законам тощо. Так, наприклад, гіпотеза (передбаченню) структурно включає вже накопичені наукові знання, які дають підставу науковцю сформулювати відповідні твердження та вийти на нові знання щодо об’єкта дослідження, прослідкувати

взаємозв'язок між попередніми теоретичними знаннями та тими новими висновками до яких прийде дослідник.

- Концептуальні засади теорії повинні мати практичне спрямування та широку сферу свого застосування.

Узагальнивши сказане, слід підкреслити, що наукова теорія має місце у тому випадку, якщо узагальнені нею знання набувають категоріально-понятійної форми та формують конкретне уявлення про сутність явища, що вивчається, його природу, закономірності його розвитку та форми прояву.

**Ганна Толкачова,**  
здобувач відділу проблем теорії держави і права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
anuti4ek@yandex.ua

## **МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ДИТИНИ ТА ЇХ ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ У НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО**

**П**роблема створення та забезпечення гарантій прав та свобод дитини є однією із найактуальніших у світі, в тому числі і в Україні, оскільки, діти - це майбутнє будь-якої нації. Захист прав та інтересів дитини – це найважливіше завдання держави, адже ставлення до дітей, їхніх прав і свобод, повага до їх людської гідності відображають рівень гуманності й цивілізованості суспільства та держави.

Водночас, стрімкий розвиток міжнародних відносин свідчить про потребу удосконалення системи існуючих у вітчизняному законодавстві гарантій захисту прав та свобод дитини. Це можливо шляхом імплементації у національне законодавство України міжнародних і європейських стандартів у галузі захисту прав дитини та створення дієвого юридичного механізму захисту законних прав та інтересів дитини.

На нашу думку, гарантії прав і свобод дитини необхідно розглядати як систему засобів, завдяки яким забезпечується ефективна реалізація дітьми своїх прав та свобод, їх охорона і захист у разі порушення. Їх головне призначення полягає у забезпеченні всіх і кожної дитини рівними правовими можливостями для набуття, реалізації, охорони і захисту суб'єктивних прав та свобод.

Існують різні критерії класифікації гарантій. В теорії права за сферою дії розрізняють: міжнародно-правові, внутрішньодержавні та автономні гарантії. Особлива увага у даній роботі приділена саме міжнародно-правовим гарантіям захисту прав та свобод дитини та їх впливу на національне законодавство. Так, світові стандарти у галузі дотримання прав дитини, що формувалися протягом багатьох десятиліть, закріплені у низці важливих міжнародних документів. Серед них слід виділити міжнародні договори, резолюції міжнародних організацій, насамперед, Організації Об'єднаних Націй та її підрозділів: дитячого фонду

ООН-ЮНІСЕФ; комітету ООН у справах освіти, науки і культури; Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ); Міжнародної організації праці (МОП) та ін.

На початку ХІХ століття права дитини переважно розглядалися як міри по захисту від рабства, дитячої праці, торгівлі дітьми, проституції неповнолітніх, повної влади батьків, економічної експлуатації. Значним прогресом у даному напрямку було створення Міжнародного союзу захисту дітей у 1923 році, який 26 листопада 1924 року прийняв перший міжнародний акт – Декларацію прав дитини (Женевська декларація). У подальшому П'ята асамблея Ліги Націй, що відбулася у 1925 році, затвердила Декларацію і закликала уряди країн-учасниць керуватися її принципами (в тому числі і СРСР, до складу якої входила Україна).

Наступним суттєвим кроком у розвитку системи міжнародно-правових гарантій захисту прав та свобод дитини було створення Організації Об'єднаних Націй (далі - ООН), яке відбулося після закінчення Другої світової війни 25 квітня 1945 року на конференції у Сан-Франциско. Слід зазначити, що у роботі ООН пріоритетне значення мала саме реалізація і захист прав і свобод людини.

У 1946 році було створено Дитячий фонд ООН як організацію надзвичайної допомоги дітям у країнах Європи, що постраждали від Другої світової війни, який з 1953 року став іменуватися ЮНІСЕФ. В подальшому, 10 грудня 1948 року Генеральною Асамблеєю ООН прийнято Загальну декларацію прав людини, основною тезою якої є: “Людство зобов'язане давати дитині все краще, що воно має”. У статтях 25 і 26 Загальної декларації прав людини зазначено, що діти повинні бути об'єктом особливого захисту і допомоги.

Однак найважливішою подією стало прийняття ООН 20 листопада 1959 року Декларації прав дитини, у якій проголошуються соціальні і правові принципи захисту і благополуччя дітей на національному і міжнародному рівнях. У преамбулі Декларації зазначено, що дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує особливої опіки і уваги, включаючи правовий захист, як до, так і після народження. Тільки після проголошення ООН Декларації прав дитини принцип спеціальної охорони дитини та особливого піклування про її права почав набувати загального визнання. Однак, слід звернути увагу на те, що декларація (лат. *declaratio* - проголошення) – не зобов'язує, не має певної обов'язкової сили, а лише рекомендує.

З часом питання захисту прав дитини знайшли відображення і у Міжнародних пактах 1966 р., зокрема, у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (п.1 ст.24) зазначено: “Кожна дитина без будь-якої дискримінації за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, національного чи соціального походження, майнового стану або народження має право на такі заходи захисту, які є необхідними в її становищі як малолітньої, з боку її сім'ї, суспільства і держави”.

20 листопада 1989 року Генеральною Асамблеєю ООН прийнята Конвенція про права дитини, яка правомірно вважається міжнародною дитячою конституцією. Документ складається з 54 статей, що деталізують індивідуальні права осіб віком до 18 років (у випадку якщо повноліття не настає раніше) на повний розвиток своїх можливостей в умовах, вільних від голоду, жорстокості, експлуатації та інших форм зловживань. Конвенція ратифікована майже усіма країнами світу, окрім США, Південного Судану та Сомалі. Україна однією з перших серед країн – членів ООН ратифікувала Конвенцію про права дитини Постановою Верховної Ради України № 789XII від 27 лютого 1991 року. Набрання юридичної сили Конвенцією про права дитини, або як її називають “Світової конституції прав дитини”, стало гарантією реалізації урядами країн, які її ратифікували, зобов’язань забезпечити дитині зростання у безпечних та сприятливих умовах, маючи доступ до високоякісної освіти та охорони здоров’я, високий рівень життя, а також захист дітей від дискримінації, сексуальної та комерційної експлуатації, насильства, особливої турботи про дітей-сиріт та біженців тощо<sup>1</sup>. Таким чином наша держава визнала, що діти є особливо уразливою групою з огляду на їх вік, психічний і фізичний розвиток і що вони потребують спеціального постійного догляду і захисту, а також узяла на себе низку зобов’язань у рамках Конвенції, зокрема здійснити реформування законодавства відповідно до міжнародних стандартів.

Отже Конвенція ООН про права дитини 1989 року є головним міжнародним документом, з якого розпочалося формування системи міжнародних стандартів щодо захисту прав дітей. Після ратифікації більше ніж 20 років тому цієї Конвенції Україна активно розбудовує своє національне законодавство щодо захисту прав дітей. Зокрема, міжнародні стандарти захисту прав дитини закріплені у Конституції України, Законі України “Про охорону дитинства”, Сімейному кодексі України, інших нормативно-правових актах. Забезпечення їх реалізації стало одним із найважливіших обов’язків держави.

Упродовж останніх років реалізується низка державних програм, спрямованих на забезпечення прав дитини, зокрема Постановою Верховної Ради України від 1 січня 2006 року затверджена Державна цільова програма розвитку національного усиновлення дітей України “Кожній дитині – власну родину” на 2006–2016 роки. 5 березня 2009 року Верховна Рада України ухвалила Закон “Про Загальнодержавну програму “Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини на період до 2016 року”.

Отже, Україна поступово імплементує у національне законодавство міжнародні гарантії захисту в галузі прав і свобод дитини. Водночас, з метою належного функціонування механізму їх реалізації слід посилити організаційні та правові заходи щодо безумовного виконання взятих міжнародних зобов’язань з прав дітей, активніше залучати громадянське суспільство до проблеми захисту

<sup>1</sup> Конвенція ООН “Про права дитини” // Право України. – 1993. – № 5-6.

прав та свобод дитини, посилювати громадський контроль за виконанням державою зауважень та рекомендацій Комітету ООН з прав дитини, інших міжнародних та регіональних конвенційних органів. Адже для України, яка активно докладає зусиль щодо євроінтеграції, одним із найважливіших обов'язків є забезпечення високого міжнародних і європейських стандартів у дотриманні прав і свобод дітей.

**Катерина Тоцька,**  
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін  
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна  
a\_trifonova@ukr.net

## **СУДОВЕ РІШЕННЯ ЯК ПІДСТАВА ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ПРИ ЇЇ ВИКУПІ ДЛЯ СУСПІЛЬНИХ ПОТРЕБ**

**В**икористання права власності на земельну ділянку не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі.

У ст. 15 Закону 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” визначено, що у разі неотримання згоди власника земельної ділянки, інших об’єктів нерухомого майна, які на ній розміщені, з викупом цих об’єктів для суспільних потреб зазначені об’єкти можуть бути примусово відчужені у державну чи комунальну власність лише як виняток із мотивів суспільної необхідності.

Право власності на житловий будинок, інші будівлі, споруди, багаторічні насадження може бути припинене за рішенням суду в разі їх примусового відчуження з мотивів суспільної необхідності з обов’язковим попереднім і повним відшкодуванням їх вартості (ст. 351 ЦК України).

Деталізуючи ст. 351 ЦК України, доходимо висновку, що існує два об’єкти нерухомості: земельна ділянка та житловий будинок (інші будівлі, споруди). Суд може постановити рішення про знесення житлового будинку, інших будівель, споруд, насаджень, які розміщені на земельній ділянці, що підлягає викупу, або про перенесення їх, за бажанням власника, на іншу земельну ділянку та їх відбудову, якщо це можливо. У разі знесення або перенесення цих об’єктів на іншу земельну ділянку особа має право на попереднє відшкодування збитків, у тому числі витрат на поліпшення якості земельної ділянки, та упущеної вигоди. Особа, право власності якої припинилося, має право вимагати надання їй іншої, рівноцінної за якістю, земельної ділянки в межах певного населеного пункту. Знесення житлового будинку не допускається до забезпечення особи, яка проживала у ньому як власник, та членів її сім’ї, а також особи, яка проживала в ньому як наймач, та членів її сім’ї помешканням у розмірі та в порядку, встановлених законом.

Якщо власник земельної ділянки, яка підлягає викупу у зв'язку із суспільною необхідністю, є власником житлового будинку, інших будівель, споруд або насаджень, що розміщені на ній, вимога про припинення права власності на ці об'єкти розглядається разом із вимогою про викуп земельної ділянки. Якщо власник земельної ділянки, яка підлягає викупу у зв'язку із суспільною необхідністю, не є власником житлового будинку, інших будівель, споруд та насаджень, що розміщені на ній, власник цих об'єктів залучається до участі у справі. До набрання законної сили рішенням суду про викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю власник має право розпорядитися житловим будинком, іншими будівлями, спорудами, насадженнями, які розміщені на цій земельній ділянці, на власний розсуд<sup>1</sup>.

Зауважимо, що заборона щодо відчуження нерухомого майна має розмежовуватися на заборону щодо відчуження земельної ділянки та заборону на відчуження будинку (інших будівель, споруд). Тобто якщо припиняється право власності на земельну ділянку в разі суспільної необхідності, то виникає заборона в її використанні або заборона відчуження будинку (інших будівель, споруд), а отже, власник обмежується у своїх правах на житло та на земельну ділянку за рішенням суду при її викупі для суспільних потреб. Таким чином, шляхом накладання заборони щодо відчуження земельної ділянки та заборони на відчуження будинку (інших будівель, споруд) на підставі судового рішення власник обмежується у своїх правах. Тобто судові рішення є юридичними фактами, на підставі яких виникають обмеження прав на земельну ділянку.

Право власності особи може обмежуватися певним чином, зокрема поза волею власника, коли закон допускає вилучення його майна внаслідок тих чи інших порушень або у зв'язку з певними обставинами<sup>2</sup> (при конфіскації або примусовому викупі земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності). Тобто це зумовлює обмеження права власності.

Отже, враховуючи те, що правомочностями власника є володіння, користування та розпоряджання, він може обмежуватися в кожному з них. Тоді обмеження вільного розпоряджання власником своїм майном і буде примусове припинення його права власності (вилучення його майна, викуп тощо). Це можна пояснити тим, що в таких випадках власник вже не здійснює свої правомочності на власний розсуд, це не залежить цілком від його волі. І важливим при цьому є те, що він унаслідок цього може обмежуватися як у кожному із трьох своїх повноважень, так і в їх комбінаціях (наприклад, у володінні та користуванні), а також у всіх цих правомочностях. Таким чином, позбавлення власника можливості розпоряджання майном за власною волею також слід розглядати не лише як підставу припинення права власності, як це зазвичай

<sup>1</sup> Мартин А. Проблеми організаційно-правового механізму викупу земельних ділянок для суспільних потреб // [http://www.myland.org.ua/userfiles/file/agmartyn\\_comp\\_purchase.pdf](http://www.myland.org.ua/userfiles/file/agmartyn_comp_purchase.pdf).

<sup>2</sup> Камышанский В. П. Право собственности: пределы и ограничения. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. — С. 57.

розуміється в цивільному праві, а й як обмеження його права. Останнє і полягає в тому, що не власник, а хтось сторонній здійснює цю його правомочність<sup>1</sup>.

Оскільки держава, враховуючи загальнодержавні інтереси, обмежує власника земельної ділянки у випадках її викупу для суспільних потреб, що негативно впливає на власника земельної ділянки, то необхідно враховувати і його інтереси — збитки, завдані власникові у зв'язку з цим, мають відшкодуватися.

Тобто право власності на земельну ділянку обмежується у суспільному інтересі при примусовому викупі у власника його земельної ділянки, інших об'єктів нерухомості тощо. Таким чином, власник обмежується у своїх правах на земельну ділянку при викупі земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності на підставі судового рішення, у зв'язку з чим має право на захист своїх інтересів та відшкодування збитків, завданих йому у зв'язку з викупом (упущена вигода).

**Броніслав Тоцький,**

аспірант відділу проблем аграрного, земельного та екологічного права  
Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
Bronislav.totskyi@gmail.com

## **КАТЕГОРІЯ БАЛАНСУ ПУБЛІЧНОГО І ПРИВАТНОГО ІНТЕРЕСІВ**

**Б**аланс публічних і приватних інтересів є категорією багатогранною, а тому розглядається у різноманітних галузях науки та філософії. Проблемність дефініції та визначення критеріїв даної категорії полягає, перш за все, у розмежуванні категорій публічного та приватного інтересів, формулюванні категорії балансу тощо.

Категорія інтересу є складною категорією. Адже, через її різносторонність неможливо дати уніфікованого визначення. Пояснюється це тим, що термін “інтерес” застосовується до абстрактних та нематеріальних понять. Наразі “інтерес” має своє визначення у філософії, соціології, психології, педагогіці, юриспруденції, політології, економіці та й інших суспільних науках. Отже, “інтерес” в означених науках має різне, хоча і дотичне, значення. Для нашого дослідження актуальна дефініція “інтересу” у юридичній науці, хоча для повного розуміння необхідне порівняння із іншими суспільними науками.

Важливим здається розділення інтересів на приватні та публічні з точки зору Р. Ієрінга. Видатний німецький правник ставив характер інтересу, який охороняє та чи інша норма, одним із основних критеріїв галузевого поділу у праві<sup>2</sup>. Категорія інтересу відіграє важливу роль при визначенні методу право-

<sup>1</sup> Розгон О. В. Межі та обмеження права власності [Текст] / О. В. Розгон. — Х.: Страйд, 2006. — С. 42.

<sup>2</sup> Ієрінг Р. Цель в праве. — СПб, 1881.



вого регулювання, оскільки саме через значимість публічного чи приватного інтересу визначається, чи дана галузь є публічною, чи приватною.

Р. Паунд розділив інтереси на *індивідуальні* (особисті) інтереси, які пов'язані з життям окремої людини і які здійснюються нею індивідуально; *публічні* (політичні) інтереси, які пов'язані з життям політично організованого суспільства (в першу чергу це інтереси держави); *соціальні* інтереси, які пов'язані з соціальним життям суспільства<sup>1</sup>.

Загалом, публічний та приватний інтерес становлять структурну єдність, оскільки “сам по собі феномен права... базується перш за все на... переплетенні та взаємозв'язку інтересів особи, суспільства і держави”<sup>2</sup>. Т. Сауренко зазначає, що зміст інтересу як такого взагалі полягає у діалектичній єдності приватного (корисливого, егоїстичного) і суспільного (етичного, соціального). Обидві ці складові частини інтересу мають єдину суб'єктну форму реалізації – індивід, а, отже, і приватний і суспільний інтереси реалізують принцип раціональності як природної властивості природи людини, детермінованої феноменом обмеженості ресурсів. А тому, позиція що приватний і публічний інтереси апіорі суперечливі, а також, що приватний інтерес реалізує принцип раціональності, а публічному інтересу відповідають принципи гуманізації, солідарності тощо є логічно непослідовним, оскільки суб'єктом приватного й суспільного інтересу виступає та сама людина<sup>3</sup>.

Зокрема, не треба забувати, що все ж таки первинним є інтерес приватний, оскільки, як зауважував І. Бентам, саме вони є “єдинокорисливими інтересами”<sup>4</sup>. Реалізація приватного інтересу сприяє задоволенню потреб однієї людини, публічного – усіх індивідів, членів того чи іншого суспільства.

Отже, до категорії *приватних інтересів* відносяться інтереси, які стосуються однієї особи, фізичної чи юридичної, або невеликої групи осіб. До складу *публічних інтересів* зазвичай відносять інтереси, носієм якого є територіальна громада, держава, народ. Необхідно враховувати, що публічні інтереси не є математичною середньою всіх приватних інтересів, які мають враховуватися, оскільки публічний інтерес – це інтерес, присутній суспільству як єдиному цілому<sup>5</sup>. З приводу меж публічних інтересів слушно зазначив Г. Шершеневич, що

<sup>1</sup> Паунд Р. Современная правовая теория // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. – М.: Мысль, 1999. – с. 675.

<sup>2</sup> Субочев В.В. Право и его роль в обеспечении диалектического единства личных, общест-венных и государственных интересов// Право и политика. – 2003. – №12. – с.4.

<sup>3</sup> Сауренко Т.Н. Координация общественного и частного интересов в сфере бизне-са : автореф. дис. на получ. науч. степ. канд. экон.наук : спец. 08. 00. 01 „Экономическая теория”/ Т.Н. Сауренко – Ростов-на-Дону – 2007. – 28 с. – с.11.

<sup>4</sup> Философская энциклопедия/ Глав. ред. Ф.В. Константинов. Т. 4. – М.: Советская энциклопедия, 1967 – с.116.

<sup>5</sup> Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. - М., 2002. С. 65.

“суспільні інтереси охороняються настільки, наскільки вони повинні забезпечити благоденство приватних осіб, і навпаки, приватні інтереси охороняються настільки, наскільки вони поєднуються і з суспільними завданнями”<sup>1</sup>.

*Публічний інтерес* формується “на основі більш-менш збалансованого врахування, гармонізації інтересів різних соціальних груп, без чого держава не здатна здійснювати функцію організатора суспільного життя”<sup>2</sup>.

Як зазначає О. Курбатов, “повна відповідність суспільних та державних інтересів – це ніколи не досяжна мета, а лише певний ідеал, оскільки відносини “держава-суспільство” завжди включають у себе певні протиріччя”<sup>3</sup>.

Л. Александрова відзначає, що публічний інтерес виникає із необхідності співвідносити свободу кожного члена суспільства із свободою іншого. Під публічним інтересом в такому випадку розуміється інтерес, який сформувався в суспільстві через розуміння індивідом об’єктивної необхідності для реалізації потреб власної необхідності, для реалізації потреб власної свободи через свободи оточуючих його осіб. Оскільки в цьому зацікавлений кожен член суспільства, то публічні інтереси охороняються всім суспільством, для чого є необхідними держава і права, зафіксовані в законах<sup>4</sup>.

Звуження мети задоволення категорії публічного інтересу до забезпечення прав інших осіб, є завідомо хибним. Так, публічний інтерес співвідноситься із легітимною метою у принципі пропорційності. Однак, захист прав інших осіб є хоч і важливою, однак не єдиною ціллю. Найбільш широким розумінням публічного інтересу є охоронювані законом суспільні та державні інтереси<sup>5</sup>.

За умови панування у суспільстві верховенства права, а держава – соціальна і правова, тоді держава стає виразником публічного інтересу, коли у своїй діяльності виражає й дотримується інтересів своїх громадян, а визнаний державою суспільний інтерес реалізується в нормах права. У таких випадках державний інтерес фактично дорівнює публічному. Так, наразі існує доволі чітке розуміння поняття інтересів держави як складової публічних інтересів. Найбільш повно категорію державних інтересів в науково-практичному плані розтлумачив Конституційний Суд України. У своєму Рішенні від 08.04.1999 №3-рп/99<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права(по изд. 1907 г.) – М. – 1995. – с.10.

<sup>2</sup> Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарській товариствах: проблеми правового забезпечення. Монографія. – К.: Атіка, 2003. – с.22.

<sup>3</sup> Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. – М., 2001 – с.18.

<sup>4</sup> Александрова Л.А. Публичность как основание уголовно-процессуального права. – М., 2007. С. 14 – 20.

<sup>5</sup> Кравченко О.Ю. Публичные и частные интересы в праве: политико-правовое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Казань, 2004. С. 87 - 95.

<sup>6</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про

він вказав, що інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо.

*Баланс* — співвідношення між взаємозв'язаними частинами, сторонами чого-небудь, між тим, що надходить і що витрачається<sup>1</sup>. Фактично, лише при балансі інтересів приватні і публічні інтереси будуть реалізовуватися максимально. У сучасних умовах “баланс публічних і приватних інтересів визнається одним із основоположних конституційних принципів, на якому має ґрунтуватися правове регулювання із участю держави”<sup>2</sup>, а “оптимальною є така модель встановлення балансу інтересів, за якої “суспільні інтереси, формуючись із системи приватних мотивів і будучи їх складовою частиною, знаходяться в основі державних”<sup>3</sup>.

Потреба встановлення балансу приватних і публічних інтересів знаходить свій прояв у різних формах і напрямках. При встановленні балансу публічних і приватних інтересів необхідно враховувати принцип рівноправності, принцип домірності й неприпустимості надмірного й непропорційного обмеження прав і свобод особи, принцип соціальної справедливості тощо. Баланс між публічними і приватними інтересами визначається через принцип верховенства права, зокрема, рівність, справедливість, пропорційність, правова визначеність, правомірність очікувань<sup>4</sup>.

Неузгодженість публічних і приватних інтересів може привести до найгостріших соціально-правових конфліктів. Відсутність певного балансу чи компромісу публічних і приватних інтересів у правовій практиці потребує вирішення цієї проблеми на рівні правового регулювання відповідних суспільних відносин. Оптимальне співвідношення публічних і приватних інтересів є необхідною

---

представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 08.04.1999 №3-рп/99// Офіційний вісник України — 1999 — №15 — с. 35.

<sup>1</sup> Словник української мови: в 11 томах. — Том 1, 1970. — С. 95.

<sup>2</sup> Козлов А.Ю. Обеспечение баланса публичных и частных интересов в процессе возмездного отчуждения недвижимого имущества, находящегося в федеральной собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 “Теория и история права и государства; история правовых учений”. — М., 2009. — 28 с. — с.12.

<sup>3</sup> Логачева Н.Ю. Баланс частных и публичных интересов при построении экономических отношений как условие формирования демократического правового государства и гражданского общества / Н.Ю. Логачева // Юридические записки. Вып. 20: Гражданское общество и государство России: обеспечение демократии и правомерности / под ред. Ю.Н. Старилова. — Воронеж. 2006. — С.84-99. — с.92.

<sup>4</sup> Савчин М. Велика комерція та економічна безпека країни (окремі конституційні аспекти справи Vancos) // Стратегічні пріоритети — №3 (12) — 2009 — с.199.

умовою гармонійного розвитку суспільства, окремої особистості, ефективності функціонування держави<sup>1</sup>.

На нашу думку, необхідно враховувати позицію, яка окреслює межу між сферами публічного та приватного інтересу та є рухомою. Визначення такої межі та її місце залежить не лише від того, як це визначить законодавець та правозастосувач, однак і від суспільно-політичного устрою. Пріоритет суспільства, як єдиного організму чи окремих її індивідів в якості системо утворюючої категорії, відіграє важливу роль в тому, в який бік буде відсуватися відповідна межа між суспільними та приватними інтересами. Вирішення означених питань також входить до проблеми забезпечення балансу публічних і приватних інтересів. Однак, необхідно пам'ятати, що причинами частих випадків протиріччя публічних і приватних інтересів є, зокрема, хибне розуміння важливості та самої суті інтересів носіїв такого інтересу<sup>2</sup>.

**Елена Усачева,**  
соискатель кафедры частного права  
Российского государственного гуманитарного университета  
usacheva\_e@inbox.ru

## **СОГЛАШЕНИЕ ОБ УПЛАТЕ АЛИМЕНТОВ И СОГЛАШЕНИЕ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ СОДЕРЖАНИЯ: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ**

**Г**лава 16 действующего СК РФ<sup>3</sup> целиком посвящена институту соглашения об уплате алиментов, однако не содержит определения такого соглашения. В этой связи в юридической науке и практике много лет дискутируются вопросы о том, кто может быть сторонами алиментного соглашения, и тождественна ли правовая природа соглашений об уплате алиментов лиц, являющихся алиментными должниками и кредиторами в силу закона, и лиц, законным алиментным обязательством не связанных.

В литературе наглядно выделяются три подхода к определению состава лиц, имеющих право на заключение алиментного соглашения. Широкий подход предполагает, что участниками соглашения об уплате алиментов могут быть абсолютно любые лица, как связанные, так и не связанные родственными отношениями. М.В. Антокольская<sup>4</sup>, в частности утверждает, что соглашения о предоставлении содержания, заключенные между лицами, не имеющими права

---

<sup>1</sup> Савченко С. Співвідношення приватних і публічних інтересів: досвід України // Порівняльно-аналітичне право - №3-2 – 2013 – с.53-57. – с.55.

<sup>2</sup> Кравченко О.Ю. Публичные и частные интересы в праве: политико-правовое исследование: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Казань, 2004. С. 87 - 95.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1996. №1. Ст. 16.

<sup>4</sup> Антокольская М.В. Семейное право : Учебник. М.: Юристь, 2002. С. 235-237.

на принудительное взыскание алиментов, необходимо рассматривать в качестве гражданского соглашения, не предусмотренного законом. Их регулирование следует осуществлять на основании аналогии закона путем применения к ним норм об алиментных соглашениях. Сходной позиции придерживается О.Ю.Ильина<sup>1</sup>.

Несколько менее категорична в своем понимании свободы выбора партнера алиментного соглашения С.Ю. Чашкова<sup>2</sup>, которая исходит из того, что лица, названные в законе в качестве обязанных уплачивать алименты, могут выступать плательщиками алиментов по соглашению даже в том случае, если отсутствуют законодательно установленные условия алиментирования. В то же время автор критически относится к возможности заключения алиментных соглашений между лицами, не названными законом в качестве субъектов алиментных обязательств. Этот подход, таким образом, можно охарактеризовать как промежуточный.

Широкому и промежуточному подходу противостоит узкий подход, который в качестве допустимых участников алиментных соглашений рассматривает исключительно пары управомоченных и обязанных субъектов, установленные СК РФ, с соблюдением в каждом конкретном случае соответствующих условий (наличия нетрудоспособности, нуждаемости и т.д.). О. Косова<sup>3</sup> справедливо отмечает, что исчерпывающий круг субъектов, которым законодатель считает необходимым предоставлять правовую охрану, определяется границами семейно-правовой регламентации.

Нетрудно заметить, что, по сути, научный спор связан не с определением наличия или отсутствия у лиц, не связанных алиментной обязанностью в силу закона, возможности заключить соглашение о предоставлении содержания (ее существование сторонниками узкого подхода не оспаривается), а с желанием установить, распространяются ли на соглашения таких лиц преференции и ограничения главы 16 СК РФ, и в первую очередь - сила исполнительного листа.

Анализируя изложенные позиции, отметим, что алиментное обязательство на основании соглашения возникает из фактического состава, в который помимо самого соглашения входит наличие соответствующей родственно-свойственной связи, иных фактов, установленных законом (нуждаемости, нетрудоспособности получателя алиментов, трудоспособности плательщика и т.п.). Обязательство по предоставлению содержания, возникшее из соглашения

<sup>1</sup> Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2007. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы КонсультантПлюс (дата обновления: 01.05.14).

<sup>2</sup> Чашкова С.Ю. О.А. Система договорных обязательств в российском семейном праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2004. С. 125.

<sup>3</sup> Косова О. Субъектный состав соглашений об уплате алиментов // Российская юстиция. 2002. №12. С. 24-25.

лиц, не связанных алиментной обязанностью в силу закона, возникает из самого этого соглашения и в отсутствие факта-основания алиментной обязанности. Правовая природа таких соглашений не тождественная правовой природе соглашения об уплате алиментов, поскольку отсутствие второго элемента – законной обязанности предоставления содержания – трансформирует характер заключаемого соглашения из семейно-правового в гражданско-правовой.

Рассматривая же вопрос о допустимости применения к гражданско-правовым соглашениям о предоставлении содержания по аналогии норм СК РФ об алиментных соглашениях, нельзя обойти вниманием то факт, что ст. 6 ГК РФ<sup>1</sup> и ст. 5 СК РФ во взаимосвязи допускают применение к семейным отношениям гражданского законодательства, регулирующего сходные отношения, однако не допускают обратной ситуации, при которой нормы семейного законодательства подлежали бы применению к гражданским правоотношениям. К прямо неурегулированным законом, договором или обычаем гражданско-правовым отношениям сторон по аналогии применяется только гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения, о чем прямо говорит п.1 ст. 6 ГК РФ. Таким образом, к гражданскому соглашению не могут применяться по аналогии нормы семейного законодательства, следовательно, соглашение о предоставлении содержания, заключенное между лицами, не связанными алиментным обязательством в силу закона, не обладает гарантиями и не подчиняется ограничениям, предусмотренным Семейным кодексом РФ.

Узкий подход в понимании состава субъектов алиментного соглашения и в разграничении таких соглашений со сходными гражданско-правовыми поддержал Верховный Суд РФ, который разъяснил, что соглашение об уплате алиментов, имеющее силу исполнительного листа, как следует из содержания ст. 99 СК РФ, может быть заключено только между лицом, обязанным уплачивать алименты, и их получателем, - лицом, имеющим право на взыскание алиментов в судебном порядке, при наличии предусмотренных законом условий. Лицо вправе принять на себя добровольное обязательство, не являющееся алиментным применительно к главе 15 СК РФ, по денежному содержанию другого лица и в том случае, если отсутствуют предусмотренные законом условия для выплаты алиментов этому лицу и оно не отнесено к кругу лиц, имеющих право требовать алименты в судебном порядке. Такой договор о предоставлении денежного содержания другому лицу в случае его нотариального удостоверения в соответствии с пп. 2 п. 2 ст. 163 ГК РФ сам по себе силу исполнительного листа не имеет. Задолженность, образовавшаяся в случае неисполнения лицом, принявшим на себя в силу названного договора обязательства по предоставлению денежных средств, может быть взыскана в судебном порядке лицом, в пользу которого он заключен<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3301.

<sup>2</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда РФ “Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2004 года” от 06 октя-

Позиція Верховного суду РФ воспринята нижестоящими судами<sup>1</sup>, що наглядно демонструє практичний зміст чіткого розмежування угоди про оплату аліментів і безвозмездних зобов'язань з утримання. Від рішення питання про тотожність або різницю аліментної угоди і угоди про надання з утримання залежить визначення порядку і підстави винесення виконавчого рішення. Крім того, усунення сумнівів у правильності визначення складу суб'єктів аліментної угоди має принципове значення не тільки для сімейного права<sup>2</sup>.

Юридична природа громадянсько-правової угоди про надання з утримання також представляє непересечений науковий інтерес з огляду на те, що на неї не поширюються не тільки гарантії, але й обмеження СК РФ, в тому числі положення ст. 120, встановлюючої таку підставу припинення аліментних зобов'язань, як смерть однієї зі сторін. Оскільки виплати, вироблені за угодою між особами, не пов'язаними аліментною зобов'язаністю згідно з законом, не є аліментами в розумінні СК РФ, а інше законодавство не згадує про заборону переходу зобов'язань за такою угодою по спадщині, можна було б сказати, що зобов'язання особи, надає з утримання, переходять до його спадкоємців (за аналогією з зобов'язаннями платця ренти). Однак за нашим мнением право на отримання з утримання за громадянсько-правовою угодою в складі спадщини не включається згідно з ст. 1112 ГК РФ<sup>3</sup>, як нерозривно пов'язане з особою спадкодавця. Крім того, як зауважує Е.А. Останіна<sup>4</sup>, громадянсько-правовою угодою про надання з утримання може бути завершена під умовою відстрочки або скасування умови. Очевидно також, що з огляду на непридатність норм СК РФ до такої угоди, виплачені за нею сумми можуть бути зараховані зустрічними вимогами або вимагані назад.

Таким чином, сімейно-правові угоди про оплату аліментів і громадянсько-правові угоди про надання з утримання можуть бути

---

брю 2004 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. №1.

<sup>1</sup> См., например Решение Кировского районного суда г. Ростова-на-Дону от 28 февраля 2011 г. по иску Горошко В.К. к Пыхтину Д.И., Чайковской Л.Г. // URL: <http://судбныерешения.рф/bsr/case/1842796> (дата обращения: 28.09.14).

<sup>2</sup> В частности, при толковании п. 5 ст. 217 Налогового кодекса РФ перед налоговыми органами встал вопрос о том, любые ли денежные средства, предоставляемые в качестве средств к существованию, освобождаются от налогообложения, или лишь те, которые выплачиваются во исполнение законной алиментной обязанности? Министерство финансов РФ разъяснило, что доход освобождается от обложения НДФЛ в случае, когда производимые выплаты являются алиментами в соответствии с СК РФ. В иных случаях такой доход подлежит обложению НДФЛ в установленном порядке.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2001. №49. №4552.

<sup>4</sup> Останіна Е.А. Залежність правових наслідків угоди про відстрочку і скасування умови: науково-практичне посібник М.: Юстиціформ, 2010. [Електронний ресурс]. Доступ із справ.-правової системи КонсультантПлюс (дата оновлення: 01.05.14)).

разграничены в зависимости от состава субъектов соглашения: субъекты алиментного соглашения - лица, являющиеся участниками алиментного обязательства в силу норм СК РФ, гражданско-правового соглашения – лица, алиментным обязательством не связанные, добровольно порождающие возникновение обязанности по предоставлению средств на содержание. Адекватное разграничение указанных понятий имеет большое теоретическое и практическое значение, поскольку нетождественная правовая природа данных соглашений порождает различия в правовом регулировании складывающихся из них отношений, в порядке их принудительного исполнения, в порядке налогообложения уплачиваемых по соглашению сумм и т.д. Гражданско-правовое соглашение о предоставлении содержания не имеет силы исполнительного листа и не входит в сферу действия норм Семейного кодекса РФ.

**Віталія Хомич,**

аспірант відділу проблем цивільного, трудового і підприємницького права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України  
khomychv@mail.ru

## **ПРОБЛЕМИ ЛЕГАЛЬНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ СУБ'ЄКТИВНИМ ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ**

**П**овне та всебічне розуміння правової природи зловживання суб'єктивним цивільним правом неможливе за дослідження виключно доктринальних підходів та матеріалів судової практики. Необхідно також проаналізувати окремі положення норм Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Лише таке комплексне дослідження дасть в подальшому можливість сформулювати визначення зловживання правом, виокремити його характерні ознаки та відмежувати від суміжних інститутів.

Так, відповідно до ст. 13 ЦК України цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства (ч. 1). При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довіллю або культурній спадщині (ч. 2). Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах (ч. 3). При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства (ч. 4). Не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція (ч. 5). У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені частинами другою - п'ятою цієї статті, суд може



зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом (ч. 6)<sup>1</sup>.

Буквальне тлумачення змісту положень ст. 13 ЦК України дає можливість зробити наступні висновки.

По-перше, назва ст. 13 ЦК України “Межі здійснення цивільних прав”, а також відповідний зміст її ч. 1 вказує на те, що ч.ч. 2 – 5 цієї ж статті встановлюються окремі межі здійснення суб’єктивних цивільних прав. При цьому, перелік меж, визначений у ст. 13 ЦК України, не є вичерпним, і може встановлюватися ще й іншими нормами ЦК України (інших актів цивільного законодавства) чи договором.

По-друге, існує певна суперечність між ч. 3 та ч. 6 ст. 13 ЦК України. Так, ч. 3 ст. 13 ЦК України вказує на недопустимість дій особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Водночас аналіз ч. 6 ст. 13 ЦК України дає підстави говорити про те, що недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, встановлених ч.ч. 2, 4, 5 цієї статті, також є зловживанням правом. Як наслідок, виникає питання: чи є зловживанням правом порушення виключно ч. 3 ст. 13 ЦК України, чи вихід за будь-які межі – як встановлені ст. 13 ЦК України, так і іншими актами цивільного законодавства чи договором.

На нашу думку, *не будь-який вихід за межі здійснення цивільних прав є зловживанням правом.*

Зокрема, вихід за межу здійснення права, передбачену ч. 2 ст. 13 ЦК України, може визнаватися зловживанням правом лише за умови, що дії особи не лише могли б, а й були спрямовані на порушення прав інших осіб, завдання шкоди довкіллю або культурній спадщині. А в такому випадку ч. 2 ст. 13 ЦК повністю поглинається ч. 3 цієї ж статті.

Крім того, не слід забувати і про можливість завдання при здійсненні цивільних прав шкоди, яка є наслідком звичайної експлуатації речі і повинна розцінюватися як розумно-терпима<sup>2</sup>.

Стосовно ч.4 ст. 13 ЦК України, якою передбачено, що при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства, необхідно зазначити, що не кожна аморальна поведінка особи може бути зловживанням правом. При цьому, зловживання правом може бути водночас і аморальною поведінкою.

Аналіз ч. 5 ст. 13 ЦК України, згідно якої не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція, дає

---

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року (зі змінами та доповненнями) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

<sup>2</sup> Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом / О.А. Поротинова. – [2-е изд., испр. и доп.]. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 266.

підстави стверджувати, що, безсумнівно, в даній нормі мова йде про зловживання суб'єктивним правом. Проте, в зв'язку із наявністю спеціальних норм, які регулюють зазначені питання, немає необхідності у її додатковому застосуванні.

Таким чином, вихід за межі суб'єктивних прав може вважатися зловживанням правом лише за певних умов. Більше того, на нашу думку, при зловживанні правом відбувається вихід саме за межу здійснення цивільних прав, якою встановлюється недопустимість зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК України).

Частина 3 статі 13 ЦК України через вказівку на інші форми зловживання є загальною нормою. Водночас, існують і спеціальні норми, що забороняють поведінку, яка за своєю природою є зловживанням правом. За таких умов загальна норма не застосовується (за винятком, відсутності санкції у спеціальній нормі).

Буквальне тлумачення ч. 3 ст. 13 ЦК України дає можливість стверджувати, що в ній мова йде про різні форми зловживання правом. Однією із форм є шикана, згідно якої не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі. При цьому, піддається критиці посилання у вищевказаній нормі на “інші форми зловживання”, тому що не зрозуміло, що це за інші форми і який критерій їх виокремлення. Однак, вважаємо, що подібне посилання є правильним, оскільки, як зазначав Арістотель, завдання законодавця – в загальній формі відобразити найкраще<sup>1</sup>.

Крім того, всі можливі форми зловживання права передбачити у нормах права взагалі неможливо та й не потрібно, оскільки відповідь на ці питання повинні дати судова практика та наука цивільного права.

На нашу думку, критерієм виокремлення форм зловживання правом є *суб'єктивний інтерес особи*. Зокрема, у випадку з шиканою він полягає у *намірі* завдати шкоди іншій особі. Щодо ч. 5 ст. 13 ЦК України – як приклад, *мета* неправомірного обмеження конкуренції.

Таким чином, у ст. 13 ЦК України знайшла своє відображення теорія меж здійснення цивільних прав, сформульована В.П. Грибановим, який вважав, що про зловживання правом мова може йти лише у випадку, коли правомочний суб'єкт, діючи в межах належного йому суб'єктивного права, в рамках тих можливостей, які складають зміст даного права, використовує такі форми його реалізації, які виходять за встановлені законом межі здійснення права<sup>2</sup>.

Водночас ст. 13 ЦК України містить певні внутрішні суперечності, які потребують редагування.

---

<sup>1</sup> Арістотель. Афинская политика. / Пер. С. И. Радцига. М.-Л.: Соцэкгиз, 1936. – С.37.

<sup>2</sup> Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В.П. Грибанов. – М.: Статут, 2000. – С. 44-46.

**Наталія Хуторян,**  
д.ю.н., професор, завідувача відділом  
проблем цивільного, трудового і підприємницького права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,  
член-кореспондент НАПрН України  
n.khutoryan@ukr.net

## **ПРОБЛЕМИ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ПРОЕКТУ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Одним із основних завдань, що виникає в процесі реформи трудового законодавства, розробки його цілісної системи, є подальший розвиток понятійного апарату.

Кодекс законів про працю, прийнятий у 1971 р., та окремі нормативні акти в більшості випадків не дають визначення основних понять тих категорій, які вживаються законодавцем. На практиці це призводить до різного тлумачення того чи іншого терміну як з боку правозастосовних органів та посадових осіб, так і громадян, а неоднозначне розуміння того чи іншого поняття нерідко зумовлює не тільки виникнення трудових спорів (індивідуальних і колективних), а й неправильне їх вирішення.

У процесі реформи трудового законодавства прийнято ряд законодавчих актів, в яких, як правило, в загальних положеннях дається визначення термінів із тих трудових відносин, на врегулювання яких спрямований той чи інший закон. У цих законах з'явилися визначення нових юридичних термінів: “інвалід” (Закон України “Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні” від 21 березня 1991 р.), “молодь” (Закон України “Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні” від 5 лютого 1993 р.), “колективний договір”, “угода” (Закон України “Про колективні договори і угоди” від 1 липня 1993 р.), “оплата праці” (Закон України “Про оплату праці” від 1 травня 1995 р.), “колективний трудовий спір”, “страйк” (Закон України “Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)” від 3 березня 1998 р.), “зайнятість”, “безробітний” (Закон України “Про зайнятість населення” від 5 липня 2012 р.) та ряд інших.

Таким чином, у процесі реформи трудового законодавства відбувається розвиток понятійного апарату трудового права. Однак слід зауважити, що, поперше, нерідко в законі не дається визначення навіть основних категорій з тих питань, які регулює закон. Наочним прикладом може слугувати Закон “Про відпустки” від 15 листопада 1996 р., у преамбулі якого є тільки завдання та основна мета надання відпустки. В загальних положеннях не міститься жодного визначення понять, якими оперує законодавець при врегулюванні відпусток: що таке відпустка, основна, додаткова відпустка, що таке творча відпустка, со-

ціальна відпустка. Закон обмежується лише ви падками, які вказують, у зв'язку з чим надається той чи інший вид відпустки.

По-друге, в деяких законах, дається визначення того чи іншого поняття, але воно спрямоване для “обслуговування” саме цього, а не іншого закону чи підзаконного акта, нерідко протирічить чинному законодавству й не може бути використане як загальне поняття в трудовому законодавстві.

По-третє, в чинному законодавстві, особливо це стосується КЗпП України, є ряд застарілих термінів, визначень, які вже не відповідають фактичному розвитку трудових відносин. На початку реформи трудового законодавства внесено ряд змін та доповнень до КЗпП, в тому числі й термінологічних, які не тільки не внесли ясності, а навпаки, призвели до ще більших утруднень в тлумаченні того чи іншого правового явища.

Так, термін “робітники і службовці” замінено на “працівники”, хоча не дано визначення, що ж слід розуміти під “працівником”. Замість терміну “адміністрація підприємства” вжито “власник” або “уповноважений ним орган” і теж залишається не ясним, хто ж виступає уповноваженим органом власника і чому саме орган? Адже зараз нерідко на підприємствах уповноваженим власника виступає одноособово лише директор, тобто не орган (правління, дирекція), а окрема особа. Тому термін “уповноважений власником орган” не охоплює кола суб'єктів, які можуть виступати уповноваженим власника.

Такий стан справ призводить до різничитання тієї чи іншої норми закону, до різного застосування норм у судовій практиці, що й змушує Верховний Суд України давати в постановах Пленуму роз'яснення та визначення тих чи інших понять, зокрема, переведення, прогулу і таке ін., хоча Верховний Суд України згідно зі ст. 147 Конституції України не є офіційним органом, якому належить право офіційного тлумачення законів.

На нашу думку, категорійний апарат з трудового права повинен знайти своє відображення в законодавстві про працю і перш за все – в новому Трудовому кодексі України. Вирішення цього питання в проекті нового Трудового кодексу України вимагає розробки спеціального методологічного підходу.

В черговому проекті Трудового кодексу України, який був зареєстрований Верховною Радою України минулого скликання, як і в попередніх проектах, на жаль, немає повноти щодо понятійного апарату та єдиної позиції відносно системності його розміщення в новому Кодексі.

При розробці проекту нового Кодексу слід виходити із загальних принципів побудови кодексів. На відміну від окремих законів, які приймаються останнім часом, при підготовці кодексів (цивільного, кримінального, житлового та інших) законодавець не йде шляхом виділення в загальних положеннях у окрему статтю понять тих чи інших термінів. При формуванні категорійного апарату проекту нового Трудового кодексу необхідно дотримуватись цілісного системного підходу, який передбачає логічну упорядкованість і послідовність

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

в розгортанні понятійного простору галузі, поетапність введення понять та їх визначень, кожне з яких має своє місце й призначення<sup>1</sup>.

В юридичній літературі висловлюється точка зору про класифікацію термінів трудового права на: центральні, оскільки вони використовуються всіма інститутами трудового права (законодавство про працю, роботодавець, працівник, умови праці); основні, які включають в себе найважливіші категорії окремих інститутів трудового права; спеціальні, що використовуються окремими інститутами трудового права як засоби конкретизації правових норм<sup>2</sup>[2]. Як правильно зазначає автор, така класифікація носить чисто умовний характер, оскільки часто не можна виявити оціночний критерій віднесення того чи іншого терміну до основного чи спеціального. Більшість термінів зустрічаються в кількох інститутах трудового права, але для якогось інституту є основними. Так, наприклад, дуже важко погодитись з віднесенням терміну “інвалід” до основних, а “зайнятість”, “безробітний” до спеціальних, оскільки ці терміни зустрічаються в кількох галузях права (соціальному забезпеченні, трудовому праві, адміністративному та ін.).

У проекті Трудового кодексу, на наш погляд, поняття найбільш вагомих термінів, які пронизують всі інститути трудового права, треба дати в Загальних положеннях, але не виділяти ці основні дефініції в окрему статтю під назвою “основні терміни”, бо, як уже було зазначено, це протирічить самій структурній побудові кодексів, а дати визначення того чи іншого поняття в окремих статтях під відповідною назвою. Так, наприклад, термін “працівник” суттєвіше відповідав би практичному й теоретичному призначенню, якщо зазначити – робітник чи службовець, який уклав трудовий договір із роботодавцем і виконує обумовлену трудовим договором трудову функцію. Таке уточнення не є самоціллю, а впливає із змісту норм особливої частини проекту, де, зокрема, в багатьох статтях вживаються терміни “робітник” або “службовець”, які мають самостійне правове значення і не можуть бути замінені одним терміном “працівник”.

Розвиток понятійного апарату в проекті Кодексу України про працю стосується і його Особливої частини й перш за все такого інституту, як “трудоий договір”. Потребує подальшого розвитку така правова категорія, що сприяє виникненню трудових відносин, як конкурс, поняття якого не визначено в проекті, що призведе до виникнення розбіжностей між його сторонами стосовно тлумачення як самого поняття конкурсу, так і його змісту й порядку проведення. Тому, на нашу думку, доцільно закріпити, що конкурси в трудовому законодавстві, – це порядок відбору претендентів на заміщення вакантних посад чи виконання певних робіт, визначених чинним законодавством.

У проекті Трудового кодексу України доцільно було б уніфікувати й такі

<sup>1</sup> Головіна С.Ю. Формирование понятийного аппарата трудового права // С.Ю. Головіна. Государство и право. – 1998. – № 8. – С. 83.

<sup>2</sup> Там само. – С. 84.

правові категорії, як “пряма” та “дійсна” шкода. Це спричинено тим, що в юридичній літературі і в судовій практиці не дається однозначного їх визначення. Крім того, в зазначених джерелах ці терміни вживаються як нерозривні “пряма дійсна шкода”, хоча їх правова сутність не є тотожною. Ні в юридичній літературі, ні в проєкті нового Кодексу не визначено понятійний апарат стосовно повної та підвищеної матеріальної відповідальності.

Побудова чіткої логічної системи понятійного апарату в проєкті нового Трудового кодексу України зумовлюється необхідністю однакового розуміння, тлумачення, застосування й виконання нормативно-правових актів. Тому поряд із запропонованими визначеннями в проєкті доцільно було б закріпити й такі поняття, як “основна відпустка”, “додаткова відпустка”, “творча відпустка” “учбова відпустка”, “повна” та “підвищена” матеріальна відповідальність, “неповний”, “скорочений” та “ненормований” робочий час, “заміщення”, “суміщення”, “профорієнтаційні послуги”, “моральна шкода”, “страховий стаж”, аморальний проступок та ряд інших.

**Оксана Цюра,**

аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, провідний спеціаліст Департаменту цивільного, фінансового законодавства та законодавства з питань земельних відносин Міністерства юстиції України  
kseni\_g@ukr.net

## **ПОНЯТТЯ “БАГАТОГАЛУЗЕВЕ ТВАРИННИЦТВО” У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ**

**Р**озвиток тваринництва є однією із вирішальних умов розвитку продуктивних сил України та підвищення рівня матеріального добробуту народу<sup>1</sup>. Тваринництво дає близько половини валової продукції сільського господарства. Значення тваринництва визначається не тільки високою часткою його у виробництві валової продукції, але і великим впливом на економіку сільського господарства, на рівень забезпечення населення важливими продуктами харчування<sup>2</sup>.

Незважаючи на сприятливі умови для розвитку галузі, починаючи з 1990 р., з часу проведенням земельної та аграрної реформ, коли були зруйновані великотварні та спеціалізовані сільськогосподарські господарства, продовжується падіння виробництва сільськогосподарської продукції тваринного походження та погіршення основних економічних показників галузі. Всі ці виклики поставили під загрозу національну продовольчу безпеку.

Як наслідок, співвідношення між галузями сільського господарства рослинництва і тваринництва щодо загальних обсягів їхньої продукції змінилося:

<sup>1</sup> Коваленко Н.Я., Економіка сільського господарства : Юркнига, 2004. - С. 427.

<sup>2</sup> Іванух Р. А., Дусановський С. Л., Білан Є. М. Аграрна економіка і ринок. - Тернопіль: “Збруч”, 2003. - 305 с. <http://buklib.net/books/21882/>

якщо у 80-90 роки у структурі продукції сільського господарства переважала сільськогосподарська продукція тваринного походження, то відтепер – продукція рослинництва.

Проблеми розвитку та функціонування тваринництва в Україні присвячені наукові дослідження відомих вітчизняних вчених: С.П. Азізова, В.І. Аранчій, В.Г. Андрійчука, В.І. Бойка, О.М. Бородіної, А.Д. Діброви, С.М. Кваші, О.В.Мазуренка, В.Я. Месель-Веселяка, П.Т. Саблука, І.С. Трончука, О.М. Шпичака та інших. Проте, враховуючи специфічність галузі та кризову ситуацію, в якій вона знаходиться на даний час, залишається актуальним комплексне дослідження стану розвитку стратегічної галузі вітчизняного агропромислового комплексу – тваринництва. До того ж у науковій, навчальній та публіцистичній літературі, а також нормативно-правових актах вміщені різні за змістом визначення поняття “тваринництво”, “галузі тваринництва”.

Постановою Кабінету Міністрів України “Про заходи щодо стабілізації та розвитку тваринництва і птахівництва на 2001-2004 роки” від 11 липня 2001 р. №799 тваринництво визначається як провідна галузь суспільного виробництва, яка є основним постачальником повноцінного харчового білка та сировини для переробної промисловості<sup>1</sup>.

Український радянський енциклопедичний словник за редакцією М.П.Бажана<sup>2</sup> визначає тваринництво як розведення сільськогосподарських тварин і включає м'ясне і молочне скотарство (розведення великої рогатої худоби), свинарство, вівчарство, птахівництво, козівництво, кролівництво, конярство, верблюдівництво, оленярство, звіроводство, собаківництво, а також бджільництво та шовківництво. Зазначені напрямки тваринництва більшість вчених розглядає як окремі галузі тваринництва. Хоча, на думку В.З. Янчука відгодівля м'ясо-молочної худоби, свиней, овець, кіз, птахів та виробництво сільськогосподарської продукції тваринного походження молока, м'яса, яєць, шерсті, хутра навпаки, є не галузями тваринництва, а його підгалузями.

Тому виникає питання, чи вважати тваринництво в цілому також галуззю?

Поняття галузі є досить складним і таким, що не має одного чіткого наукового визначення не тільки в тваринництві, але й в сільському господарстві.

У Господарському кодексі України і статистичних класифікаціях термін “галузь” визначено як сукупність усіх виробничих одиниць, які здійснюють переважно однакові чи подібні види економічної діяльності. Близькі за змістом до цього визначення такі: галузь – сукупність підприємств, які виготовляють однорідну продукцію або надають однорідні послуги або, наприклад, в еконо-

<sup>1</sup> Про заходи щодо стабілізації та розвитку тваринництва і птахівництва на 2001-2004 роки : постанова Кабінету Міністрів України від 11 липня 2001 р. №799 // - Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

<sup>2</sup> Український радянський енциклопедичний словник / під ред. М. П. Бажана ; [у трьох томах]. – К. : АН УРСР, 1968. – т. 3. – С. 454.

міці - галузь означає сукупність підприємств і організацій, що характеризуються спільністю ознак виробничо-господарської діяльності.

Заслугує на увагу і таке визначення: галузь – це частина сільськогосподарського виробництва, яка відрізняється від його інших частин кінцевою продукцією, набором засобів виробництва (предметів і знарядь праці), технологією виробництва і його організацією, а також професійним складом працівників.

Користуючись терміном “галузь”, треба враховувати, що подібність видів економічної діяльності не є чітко визначеною категорією і для різних цілей її можна розглядати як у більш загальному, так і в конкретному контексті. Так, наприклад, цілком правомірно розглядати в загальному контексті - галузі економіки, сільське господарство або переробну промисловість.

Крупні галузі народного господарства України, такі як промисловість і сільське господарство, поділяються на дрібніші. Зокрема, в структурі сільського господарства виділяють дві основні галузі, які впливають на спеціалізацію суб'єктів аграрного господарювання, – рослинництво і тваринництво.

Галузі тваринництва можуть ділитися на підгалузі. В цілому, в харчовій промисловості України налічується більше 30 підгалузей, які об'єднують близько 15 тис. підприємств. В порівнянні з 1995 роком їх кількість збільшилася в 2,2 рази, що пов'язане в основному з дробленням крупних спеціалізованих підприємств на дрібніші акціонерні суспільства, а також створенням великого числа нових підприємств.

В науковій, юридичній літературі структура сучасного тваринництва визначається за: 1) видами тварин, 2) виробничим призначенням тварин (товарне, племінне); 3) напрямками продуктивності (виробничі напрями - м'ясне, молочне та м'ясомолочне скотарство, м'ясо-вовнове, каракульське вівчарство, м'ясне і яйцеве птахівництво).

За видом тварин розрізняють такі галузі тваринництва: скотарство, свинарство, вівчарство, козівництво, конярство, звірівництво, кролівництво, птахівництво, бджільництво шовківництво, рибиство.

Більшість галузей тваринництва за видом одержуваної продукції поділяється на племінне тваринництво, що вирощує тварин для племінних цілей та для масового поліпшення всього поголів'я худоби, і продуктивне тваринництво – розведення тварин для одержання продукції тваринного походження. Цей перелік не можна назвати вичерпним, але він більш детально визначає галузі тваринництва порівняно з чинним законодавством.<sup>123</sup>

---

<sup>1</sup> Про Загальнодержавну програму селекції у тваринництві на період до 2010 року : закон України від 19 лютого 2004 р. № 1517-IV// Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 23. – Ст. 319.

<sup>2</sup> Про племінну справу у тваринництві : закон України від 21 грудня 1999 р. № 3691-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 2. – Ст. 7.

<sup>3</sup> Про ветеринарну медицину : закон України в редакції закону № 361–V від 16 листопада 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 5–6. – Ст. 53.



Наказами Державного Комітету статистики України “Про затвердження Методичних рекомендацій щодо проведення розрахунків витрат кормів худобі та птиці у господарствах усіх категорій (Методичні рекомендації, розд. 2) від 24 січня 2008р. № 18 та від 5 серпня 2008 р. № 270 тваринництво визначено як сукупність споріднених галузей сільського господарства, що займаються розведенням сільськогосподарських свійських тварин для виробництва продуктів харчування (молока, м’яса, яєць, меду та ін.) і сировини для обробної промисловості (м’яса, вовни, шкіри, пуху тощо).

На підставі аналізу законодавчих та підзаконних актів<sup>1</sup> можна зробити висновок, що тваринництво України необхідно характеризувати саме як багатогалузеве тваринництво, яке ділиться на галузі: за видом тварин, яких розводять, та за видом одержуваної продукції.

Якщо говорити про агропромисловий комплекс України, то він також є одним з найбільш потужних і багатогалузевих комплексів народного господарства, в якому кожна галузь виконує свою специфічну функцію.

В АПК України входять три великі сфери галузей. Перша сфера – тракторне і сільськогосподарське машинобудування; машинобудування для харчової промисловості; агрохімія (виробництво мінеральних добрив і мікробіологічна промисловість); комбікормова промисловість; система матеріально-технічного обслуговування сільського господарства; меліоративне і сільське будівництво. Друга – рослинництво, тваринництво, рибальство. Третя – харчова промисловість; холодильне, складське, спеціалізоване транспортне господарство; торговельні й інші підприємства та організації, що займаються доведенням кінцевого продукту до споживача, включаючи оптові ринки, роздрібну торгівлю і суспільне харчування.

За виробничою ознакою до складу АПК України входять продовольчий комплекс і непродовольчий. Продовольчий комплекс – це сукупність галузей, пов’язаних з виробництвом продуктів харчування рослинного і тваринного походження. До складу продовольчого комплексу входить тваринницький комплекс, який охоплює сукупність цілих галузей сільськогосподарського виробництва, харчової і переробної промисловості, які в свою чергу утворюють спеціалізовані тваринницько-продуктові підкомплекси (наприклад, м’ясопродуктовий та молокопродуктовий).

Таким чином, маємо всі правові підстави, у т. ч. і за аналогією зі структурованим багатогалузевим АПК України, вважати тваринництво “багатогалузевим тваринництвом” у значенні сукупності споріднених галузей тваринництва.

---

<sup>1</sup> Про затвердження Положення про присвоєння відповідних статусів суб’єктам племінної справи у тваринництві та Положення про відповідність суб’єктів племінної справи у тваринництві статусу племінного заводу, племінного репродуктора і племінного птахо репродуктора : наказ Міністерства аграрної політики України і Української академії аграрних наук від 17 липня 2001 р. № 215/66 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 35. – Ст. 1646.

## ФОРМИРОВАНИЕ ПОНЯТИЯ ТУРИЗМА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ВЬЕТНАМА

### *Понятие туризма в общественных науках*

**В** словарях вьетнамского языка, туризм – это путешествие с целью получения знаний о чужих местах, для китайцев, туризм – это путешествие с целью повышения познания.

Нгуен Хак Виен<sup>1</sup> – вьетнамский культуролог рассматривает туризм расширением культурного пространства.

Некоторые американские ученые считают, что туризм – это временные передвижения людей к местам, где они не постоянно живут и работают, их деятельности во время временного проживания, а организационно-бытовые условия созданы для удовлетворения их потребностей<sup>2</sup>.

Географы считают экономические факторы необходимыми элементами в понятии туризма. По их мнению, туризм является деятельностью по производству и расходованию, обслуживающему передвижение и проживание не менее одной сутки вне места постоянного проживания с целью развлечения, занятия бизнесом, улучшения здоровья, встречи, спорта.

В 1963 году, специалисты на собрании ООН определили туризм, как совокупность отношений, явлений и экономических деятельностей, связанных с путешествием и пребыванием людей вне их мест постоянного проживания внутри страны или за границе с мирной целью. Место их пребывания не является их местом работы.

Авторы вьетнамской энциклопедии рассматривают туризм как двухстороннее понятие. С одной стороны, туризм является отдыхом с экскурсиями вне мест постоянного проживания с целью отдыха, развлечения, получения знаний о достопримечательностях, исторических памятниках, культурных сооружениях, ознакомления с разными видами искусств. С другой стороны, туризм является универсальной коммерческой отраслью с высокой эффективностью во многих аспектах: повышение знаний о природе, традициях, культуре, способствующие укреплению любви к Родине, к международной дружбе; туризм является отраслью экономики, приносящей высокую прибыль; туризм является формой экспорта продукции и услуг на месте.

---

<sup>1</sup> Нгуен Хак Виен (1913 - 1997) – вьетнамский общественно – политический деятель, исследователь культурологии, психологии, медицины и образования. Он - завоеватель вьетнамской Государственной премии и премии Академии наук Франции.

<sup>2</sup> Нгуен Као Тхуонг, То Данг Хай, Туристическая статистика, Изд. Вышее и специальное образование, Ханой, 1990. – С. 28.

По мнению доктора Чан Дык Тхань: в жизненной практике, благодаря развитию общества и познания, слова часто имеют разные, даже противоположные значения. Поэтому старание объяснить слово, имеющее разные значения путем соединения разных содержаний в одном определении делают определение не понятным, не ясным. С таким подходом следует рассматривать термин туризма с двух сторон, для его определить.<sup>1</sup>

1) Туризм – путешествие и пребывание людей вне их мест постоянного проживания в свободное время с целью восстановления здоровья, улучшения знаний об окружающем мире.

2) Туризм – сервисная отрасль экономики, удовлетворяющая потребности, возникающие во время путешествия и пребывания людей вне их мест постоянного проживания.

Понятие туризма как сервисная отрасль экономики нужно понимать шире, ведь не существует четкой границы между туризмом и другими отраслями экономики. Туризм является универсальной отраслью экономики, обслуживающей разные потребности людей. Туризм включает транспортный, пищевой, отельный, медицинский сервисы.

#### *Понятия туризма в законодательных актах Вьетнама*

В 1999 году Постоянный комитет Парламента Вьетнама принял Постановление о туризме. Первая статья Постановления определяет: “Туризм является важной универсальной отраслей экономики, которая носит глубокое культурное содержание, имеет межотраслевую, межрайонную характеристику, высокий уровень обобществления; развитие туризма направлено на удовлетворение потребностей народа и международных туристов в экскурсии, развлечениях, отдыхе, способствует повышению образования, созданию рабочих мест и социально-экономическому развитию страны”.

Статья 10 Постановления определяет: “Туризм – деятельность человека вне своего места постоянного проживания с целью удовлетворения потребностей в экскурсиях, развлечениях, отдыхе в определенное время”.

Таким образом, Постановление о туризме определяет туризм в двух аспектах.

В 2005 году, Парламент Вьетнама принял Закон о туризме. Этим Законом было отменено Постановление о туризме 1999 года. Четвертая статья определяет: “Туризм – деятельности, связанные с передвижениями людей к местам, не являющимся местами постоянного проживания с целью удовлетворения потребностей в экскурсиях, познаниях, развлечениях, отдыхе в определенное время”.

Закон о туризме не содержит прямого определение термина туризма как

---

<sup>1</sup> Чан Дык Тхань, Введение в туристическую науку / Ханой: изд. Государственного Ханойского университета, 2008. – С. 45.

отрасли экономики но в Законе имеются положения, которые рассматривают туризм как отрасль экономики.

Надо отметить, что двузначное определение одного термина в одном законодательном акте, а так же в законодательстве одного государства может быть нерациональным и затруднит применение норм.

Закон о туризме 2005 года преодолел недостаток Постановления о туризме 1999 года относительно определению термина туризма.

**Галина Чанишева,**  
д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України  
завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету “Одеська юридична академія”,  
trudovoe\_pravo@ukr.net

## **ПРАВО НА ВЕДЕННЯ ПЕРЕГОВОРІВ І УКЛАДЕННЯ КОЛЕКТИВНИХ ДОГОВОРІВ ТА УГОД ЯК КОЛЕКТИВНЕ ТРУДОВЕ ПРАВО**

**П**раво на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод належить до прав людини у сфері праці, реалізація яких забезпечується за допомогою норм трудового права.

Закріплене у міжнародних актах, право на ведення колективних переговорів є одним з основних трудових прав. В.М. Андрійв визначає основні трудові права як підсистему природних, невідчужуваних від особи можливостей, необхідних їй для задоволення своїх потреб та інтересів у сфері праці, що визнані та закріплені як міжнародно-правові стандарти міжнародною спільнотою та відображені в національному законодавстві як самостійні, незведені до інших прав мінімальні стандарти в цій сфері<sup>1</sup>.

Для права на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод, як і для інших трудових прав, є характерною єдність приватних і публічних засад. З одного боку, дане право за своєю природою є невідчужуваним, невід’ємним правом людини, базується на принципах свободи і рівності. У такому значенні право на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод є природним правом. З іншого боку, зміст, обсяг зазначеного права визначається державою, його виконання забезпечується примусовою силою держави, в чому проявляються публічні засади. Демократична соціальна правова держава повинна залишатися гарантом трудових прав та свобод працівників.

Єдність приватних і публічних засад у регламентації трудових прав є відо-

---

<sup>1</sup> Андрійв В.М. Система трудових прав працівників та механізм їх реалізації: Автореф. дис. ...доктора юрид. наук: 12.00. 05 – трудове право; право соціального забезпечення. – Одеса, 2012. - С. 27.

браженням двох різних підходів – природно-правового і юридико-позитивістського, які ґрунтуються на різному розумінні взаємодії права і держави, людини і держави. Зазначені підходи не втратили своєї актуальності. Вони відображені у конституціях сучасних держав. Наприклад, у конституціях США, Франції, Італії, Іспанії втілено природно-правовий підхід, у конституціях Австрії, ФРН – позитивістський.

Втім, у сучасній період природно-правова доктрина і юридико-позитивістський підходи не вважаються антиподами. Практика держав, які визнають природно-правову доктрину походження прав людини, не відкидають позитивістський підхід. У конституціях розвинутих країн протистояння природно-правового і юридико-позитивістського підходів усунено шляхом закріплення широкого каталогу основних прав і свобод, що виключає насилля держави щодо особистості, свідчить про її автономію і пріоритет прав людини відносно держави. ХХ сторіччя стало епохою так званих соціальних конституцій, в яких було закріплено право на працю та інші соціальні права. Так, у 1919 р. було прийнято Веймерську конституцію у Німеччині, яка стала першою європейською соціальною конституцією. Далі цей процес продовжувався й в інших країнах світу<sup>1</sup>

За суб'єктною ознакою право на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод є правом усіх найманих працівників і роботодавців, організацій працівників та організацій роботодавців. За міжнародними актами і актами національного законодавства зазначене право визнається рівною мірою як за організаціями працівників, їх об'єднаннями, так і за організаціями роботодавців, їх об'єднаннями.

Право на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод за суб'єктним критерієм і способом реалізації є колективним трудовим правом. Особливістю колективних трудових прав є те, що вони здійснюються не окремо людиною, а колективом, спільнотою, асоціацією<sup>2</sup>.

У колективних правах людина виступає не як індивідуум, який поруч з іншими використовує своє особисте право, а як член певного колективу, який отримує цю можливість тільки за умови їх колективної реалізації для захисту спільних інтересів і потреб.

В актах ООН, МОП, Ради Європи, Європейського Союзу закріплено низку колективних трудових прав. Зокрема, в Європейській соціальній хартії (переглянутій), яка містить найбільш повний каталог соціальних прав людини, проголошені такі колективні трудові права: право всіх працівників і роботодавців на свободу об'єднання у національні або міжнародні організації для захисту

<sup>1</sup> Анишина В.И. Некоторые тенденции регулирования труда в современном мире // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения. – М., 2007. – С. 98-105.

<sup>2</sup> Общая теория прав человека /Под ред. Е.А. Лукашевой. – М.: НОРМА, 1996. – С. 23.

своїх економічних і соціальних інтересів (ст. 5); право всіх працівників та роботодавців на укладення колективних договорів (ст. 6); право працівників і роботодавців на колективні дії у випадках розбіжності інтересів, включаючи право на страйк (ст. 6); право працівників та їх представників на інформацію і консультації (ст. 21); право працівників брати участь у визначенні і поліпшенні умов праці та виробничого середовища на підприємстві (ст. 22); право представників від працівників на захист від дій, що завдають їм шкоди, та на створення належних умов для виконання ними своїх обов'язків (ст. 28); право працівників на інформацію та консультації під час колективного звільнення (ст. 29).

Зазначені права є колективними не тільки через те, що реалізуються колективними суб'єктами (трудовими колективами, профспілками, організаціями профспілок, об'єднаннями профспілок, організаціями роботодавців, їх об'єднаннями, примирно-посередницькими органами з вирішення колективних трудових спорів та ін.). Колективний характер даних прав обумовлений також формою (порядком) їх реалізації як безпосередньо колективом працівників, так і через уповноважених представників. Водночас такі трудові права як право на працю, право на належні, безпечні і здорові умови праці, право на відпочинок та ін. залежно від суб'єктної ознаки та порядку реалізації є за своєю природою індивідуальними трудовими правами.

Як передбачено ст. 4 Закону України “Про колективні договори і угоди”, право на ведення переговорів і укладення колективних договорів, угод здійснюється сторонами соціального діалогу. Останні відносяться до колективних суб'єктів трудового права. Сторони соціального діалогу на національному, галузевому, територіальному і локальному рівнях визначені у ст. 4 Законі України “Про соціальний діалог в Україні” від 23 грудня 2010 року. Передбачається, що сторонами соціального діалогу на національному, галузевому і територіальному рівнях є профспілкова сторона, сторона роботодавців та сторона органів виконавчої влади; на локальному рівні – сторона працівників і сторона роботодавця. Для участі у колективних переговорах з укладення колективних договорів і угод склад суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців визначається за критеріями репрезентативності. Оцінка відповідності критеріям репрезентативності та підтвердження репрезентативності суб'єктів сторони профспілок і сторони роботодавців здійснюється: Національною службою посередництва і примирення на національному і галузевому рівнях; відділеннями НСПП в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі на територіальному рівні. Крім того, зазначене право не передбачає здійснення його окремим працівником. Отже, для працівників право на колективні переговори і укладення колективних договорів, угод не може бути іншим, ніж колективним трудовим правом.

Що стосується роботодавців, то на національному, галузевому, територіальному рівнях дане право також є колективним трудовим правом. Такого висновку слід дійти і при характеристиці локального рівня, адже новим Законом

України “Про організації роботодавців, їх об’єднання, права і гарантії їх діяльності” організаціям роботодавців, їх об’єднанням надане право на локальному рівні представляти інтереси роботодавців і у колективних переговорах з укладення колективних договорів (ст. 9), а не тільки колективних угод, як це було передбачено раніше чинним Законом України “Про колективні договори і угоди”. Лише у разі ведення колективних переговорів на локальному рівні з укладення колективного договору зазначене право, як впливає зі змісту ст. 4 Закону України “Про соціальний діалог в Україні”, може реалізуватися індивідуально роботодавцем та представником працівників (у разі відсутності первинної профспілкової організації).

**Виталий Чепрага,**  
преподаватель Кафедры Трудового Права  
Молдавского государственного университета  
vcepraga@mail.ru

**SOME REFLECTIONS ON THE LEGAL REGIME OF NIGHT WORK IN INTERNATIONAL INSTRUMENTS, NORMATIVE ACTS OF THE EUROPEAN UNION AND IN THE REGULATION OF THE LABOUR CODE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA / О некоторых аспектах правового режима ночного труда в рамках международного правового инструментария, нормативно-правовых актов Европейского Союза и в правовых нормах трудового кодекса Республики Молдова**

*Ночной труд на определенном этапе развития общества и трудовых отношений в нем стал предметом серьёзных забот со стороны международных организаций. Доказательством такой озабоченности стали Конвенция Международной Организации Труда № 171/1990 “О ночном труде” и Директива 2003/88/ЕС Европейского Парламента и Совета от 4 ноября 2003 г. “О некоторых аспектах организации рабочего времени”. В данной статье автор раскрывает и разъясняет такие понятия как “ночного труда” и “ночного работника” через призму правовых норм действующего законодательства Республики Молдова и международного правового инструментария, а так же осуществляет анализ совместимости норм законодательства Республики Молдова из области ночного труда со стандартами Международной Организации Труда и директивами Европейского Союза.*

**Н**а международном уровне, специфические мероприятия, которые должны быть приняты в пользу ночных работников ввиду охраны их здоровья, указаны в Конвенции Международной Организации Труда (далее – МОТ) №171/1990 “О ночном труде” (не ратифицирована Республикой Молдова)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Как бы это не было странным, но среди инструментов МОТ, мы можем найти и такие, которые содержат в себе и некоторые положения дискриминаторного характера,

Согласно Конвенции МОТ №171/1990, термин “ночной труд” обозначает “любую работу, которая осуществляется в течение периода продолжительностью не менее семи часов подряд, включая промежуток между полуночью и 5 часами утра, устанавливаемого компетентным органом после консультации с наиболее представительными организациями предпринимателей и трудящихся или коллективными договорами” (ст. 1 бук. а) Конвенции МОТ №171/1990). Эта Конвенция оперирует также и термином “трудящийся, работающий в ночное время”, согласно которому “это лицо, работающее по найму, работа которого требует осуществления трудовой функции в ночное время в течение значительного количества часов сверх установленного предела. Этот предел устанавливается компетентным органом после консультации с наиболее представительными организациями предпринимателей и трудящихся или коллективными договорами” (ст. 1 бук. б) Конвенции МОТ №171/1990).

В соответствии с положениями ст. 4 ч. (1) Конвенции МОТ №171/1990, по просьбе трудящихся, им предоставляется право на прохождение бесплатного медицинского обследования и на получение консультаций относительно того, как уменьшить или избежать ущерба для здоровья, связанного с их работой:

- а) перед назначением в качестве трудящегося, работающего в ночное время;
- б) через регулярные промежутки времени в течение выполнения такой работы;
- с) если в течение выполнения такой работы наблюдается ухудшение здоровья, которое вызвано факторами, связанными с работой в ночное время.

Кроме заключения о непригодности к работе в ночное время, результаты

---

применяемые в области ночного труда. Например, в соответствии со ст.3 Конвенции МОТ №89/1948 “О ночном труде женщин в промышленности” (не ратифицирована Республикой Молдова), “женщины, независимо от возраста, не используются на работах в ночное время на государственных или частных промышленных предприятиях, или в любых их филиалах, за исключением предприятий, на которых заняты лишь члены одной семьи”. Относительно государств-членов Европейского Союза, в их практике (в период 80-90 годов XX-го века) появились многочисленные “коллизии законов”: с одной стороны, Конвенция МОТ №89/1948 (ратифицированная Францией, Австрией и другими европейскими государствами) прямо запрещает ночной труд женщин, а с другой стороны, нормы Европейского Союза (Директива 93/104/ЕС (отменена) и Директива 2002/88/ЕС) не предусматривают такого запрета в отношении женщин. Для решения этой “коллизии законов” было подано обращение в Суд Европейских сообществ. Как замечает автор Войкулеску Николай, “в своём решении по делу *Stoeckel* №С-345/89 от 25.07.1991, Суд Европейских сообществ показал, что Директива 76/207/ЕЭС “об имплементации принципа равенства мужчин и женщин в вопросах трудоустройства, профессионального образования, продвижения по службе и условиях труда” запрещает, в достаточно чёткой манере, государствам-членам “включать в качестве законодательного принципа запрещение ночного труда женщин, даже если это обязательство содержит определённые изъятия, тогда когда не существует никакого запрета ночного труда мужчин”. По этому государства-члены Европейского Сообщества, которые ратифицировали Конвенцию МОТ №89/1948, денонсировали этот международный инструмент”. См. подр.: Nicolae Voiculescu, *Drept comunitar al muncii*, Bucureşti, Rosetti, 2005, с. 141.



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

таких обследований не передаються другим лицам без согласия самих трудящихся и не используются с ущербом для них.

Согласно ст. 10 Конвенции МОТ №171/1990, до введения рабочих графиков, требующих использования ночного труда, работодатель проводит консультации с представителями заинтересованных трудящихся относительно конкретного содержания таких графиков и форм организации труда в ночное время, которые наиболее приспособлены к предприятию и его персоналу, а также относительно необходимых мер по гигиене труда и социально-бытовым службам. На предприятиях, использующих труд работников, работающих в ночное время, эти консультации проводятся регулярно.

В соответствии со ст. 103 ч. (1) Трудового Кодекса Республики Молдова (далее - ТК РМ)<sup>1</sup>, работой в ночное время считается работа с 22 часов до 6 часов. Законное определение ночного труда предусмотрено ТК РМ соответствует полностью положениям ст. 2 ч. (3) Директивы 2003/88/ЕС Европейского Парламента и Совета от 4 ноября 2003 г. “О некоторых аспектах организации рабочего времени”<sup>2</sup>, согласно которой под понятием “ночной период” понимается любой период длительностью не менее семи часов, как он определен национальным законодательством, который включает в любом случае промежутки времени между 24 часами и 5 часами. Семи-часовой минимум, установленный директивой, находит своё отражение и в национальном законодательстве Республики Молдова в рамках временного интервала между 22.00 и 06.00, который включает в себя и интервал 00.00 - 05.00. Тем временем, ввиду предотвращения каких-либо возможных нарушений со стороны работодателя и исходя из необходимости установления критериев, на основании которых работник может быть признан в качестве ночного работника, считаем в высшей степени важным включение в ТК РМ определения понятия “ночной работник”. В таком случае, молдавский законодатель может осуществить заимствование определения понятия “ночной работник” из законодательства Европейского Союза. Таким образом, согласно ст. 2 ч. (4) Директивы 2003/88/ЕС, под термином “ночной работник” понимается:

а) с одной стороны, любой работник, который на протяжении ночного периода выполняет при обычном режиме не менее трех часов своего ежедневного рабочего времени;

б) с другой стороны, любой работник, который может быть задействован для выполнения на протяжении ночного периода некоторой части своего ежегодного рабочего времени, определенной по выбору заинтересованного государства-члена: i) национальным законодательством после консультации с социальными партнерами либо ii) коллективными договорами или соглаше-

---

<sup>1</sup> Официальный Монитор Республики Молдова №159-162 от 29.07.2003.

<sup>2</sup> Опубликовано в: Официальный журнал Европейского союза №299 от 18.11.2003.

ниями, заключаемыми между социальными партнерами на национальном или региональном уровне.

Согласно положениям ст. 8 Директивы 2003/88/ЕС, государства-члены принимают необходимые меры, чтобы: а) нормальное рабочее время ночных работников не превышало в среднем восемь часов в расчете на двадцатичетырехчасовой период; б) ночные работники, чья работа связана с особыми опасностями либо со значительным физическим или умственным напряжением, не работали свыше восьми часов в рамках того двадцатичетырехчасового периода, на протяжении которого они выполняют ночную работу. Работа, связанная с особыми опасностями либо со значительным физическим или умственным напряжением, определяется национальным законодательством и/или практикой, либо коллективными договорами или соглашениями, заключаемыми между социальными партнерами, с учетом последствий и опасностей, которые присущи ночной работе. Как правильно замечает научный исследователь Луминица Дима<sup>1</sup>, Директива 2003/88/ЕС предоставляет государствам-членам допускать отклонения и осуществлять изъятия от требований, установленных соответствующей директивой относительно продолжительности рабочего времени в случае ночных работников, посредством коллективных договоров или соглашений, заключаемых между социальными партнерами на соответствующем коллективном уровне. В тоже время, основываясь на положениях ст. 18 ч. (3) Директива 2003/88/ЕС, подчеркиваем, что изъятия допустимы только при условии, что соответствующим работникам будут предоставляться равнозначные периоды компенсационного отдыха, либо, в исключительных случаях, когда выделение таких равнозначных периодов компенсационного отдыха невозможно по объективным причинам, соответствующим работникам будет предоставлена надлежащая защита.

На основании Директивы 2003/88/ЕС, государства-члены Европейского Союза возлагают на себя более высокие требования в отношении медицинского контроля и перевода ночных работников на дневной труд. Таким образом, в соответствии со ст. 9 ч. (1) Директивы 2003/88/ЕС, государства-члены принимают необходимые меры, чтобы: а) ночные работники пользовались правом на бесплатный медосмотр до поручения им ночной работы и с регулярной периодичностью впоследствии; б) ночные работники, испытывающие проблемы со здоровьем, признанные в качестве связанных с тем фактом, что данные работники выполняют ночную работу, переводились всякий раз, когда это возможно, на работу в дневное время, которую они способны выполнять. Более того, в соответствии со ст. 11 Директивы 2003/88/ЕС, государства-члены принимают необходимые меры, чтобы работодатель, который регулярно использует ночных работников, информировал об этом компетентные органы по их требованию.

<sup>1</sup> Luminița Dima, *Aspecte teoretice și practice privind timpul de muncă și timpul de odihnă*. // Конференция на тему: „Изменения Трудового кодекса и закона о социальном диалоге: Бухарест, 14-15 июня 2011”, București, Editura Juridic, 2011, с. 137.

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

В соответствии со ст. 103 ч. (2) ТК РМ, продолжительность работы (смены) в ночное время сокращается на один час, но соответствующее сокращение продолжительности рабочего времени не возможно применить для работников, которым установлена сокращенная продолжительность рабочего времени, а также для работников, принятых специально для работы в ночное время, если коллективным трудовым договором не установлено иное.

В императивном и безусловном порядке, к работе в ночное время не допускаются: лица в возрасте до восемнадцати лет, беременные женщины, женщины, находящиеся в послеродовом отпуске, а также лица, которым такая работа противопоказана согласно медицинскому заключению (ст. 103 ч. (5) ТК РМ). В тоже время инвалиды I и II групп, один из родителей (опекун, попечитель), имеющих детей в возрасте до шести лет или детей-инвалидов, лица, совмещающие отпуска по уходу за ребенком, предусмотренные ст. 126 и ст.127 ч. (2) ТК РМ, с работой, и работники, осуществляющие уход за больным членом семьи на основании медицинского заключения, могут работать в ночное время только с их письменного согласия. При этом работодатель обязан ознакомить в письменной форме указанных работников с их правом отказаться от работы в ночное время (ст. 103 ч. (6) ТК РМ).

Действующее законодательство Республики Молдова вводит и предусматривает увеличенный размер оплаты за выполнение труда в ночное время. Таким образом, согласно ст. 159 ТК РМ, за работу в ночное время устанавливается доплата не менее чем в половинном размере установленной работнику часовой основной заработной платы.

Следует подчеркнуть тот факт, что любой работник, который в течение 6-и месячного периода осуществляет минимум 120 часов ночной работы, будет проходить обязательный медосмотр за счёт работодателя. В этом контексте, мы подчёркиваем, что трудовое законодательство не предусматривает механизм “накопления” ночных и сверхурочных часов в случае перехода работника к новому работодателю. То есть, гипотетически, могут существовать ситуации, когда работник будет подвержен повышенному профессиональному риску предоставляя труд в рамках ночной программы или сверхурочный труд<sup>1</sup> сверх временных минимальных и (или) максимальных квот, установленных в ТК РМ, без того чтобы он прошёл медицинское обследование, в случае его перехода на работу в другое место или к другому работодателю. Молдавский законодатель мог бы применить законодательный опыт других стран при регламентации “накопления” ночных и сверхурочных часов. Например, в немецком праве предусматривается что при прекращении трудового договора работник может взять с собой при переходе к новому работодателю “счёт сверхурочных ча-

---

<sup>1</sup> В соответствии со ст. 104 ч. (5) ТК РМ, по требованию работодателя работники могут работать сверхурочно не более 120 часов в течение календарного года. В исключительных случаях продолжительность сверхурочной работы может быть увеличена с согласия представителей работников до 240 часов в течение календарного года.

сов”. “Хотя, труд осуществляется лично или персонально, “счёт” отработанных сверхурочных часов становится самостоятельной категорией, то есть работник может требовать компенсирование этих часов свободным временем тогда, когда он этого пожелает”<sup>1</sup>.

Также считаем необходимым имплементацию в законодательство Республики Молдова положений ст. 11 Директивы 2003/88/СЕ, а именно: обязательство работодателя, регулярно использующего ночных работников, информировать об этом факте территориальную инспекцию труда. В этом контексте, выявляется необходимость прямого закрепления в Законе Республики Молдова №140 от 10.05.2001 “о Государственной Инспекции Труда”<sup>2</sup> некоторых дополнительных компетенций Государственной инспекции труда, свойственных области ночного труда.





**Людмила Чулінда,**  
к.ю.н., доцент, доцент кафедри права  
Київського національного лінгвістичного університету  
lll-19@mail.ru

**КАТЕГОРІЯ “СПРАВЕДЛИВОСТІ”  
ЯК КРИТЕРІЙ ПРАВОВОГО ЗАКОНУ**

*Найважливішою силою, яка організовує співжиття людей у спільноті, є право.*

*М.І.Палієнко*

**К**атегорія справедливості є однією з найдавніших підстав для визначення правового характеру закону. Традиція, відповідно до якої “метою права є справедливість”, започаткована ще Аристотелем і Томою Аквінським. Як

один із найперших загальних правових принципів справедливості є метою та призначенням права.

Принцип справедливості створює міст між правом і мораллю і тому має подвійну – морально-правову природу.<sup>1</sup> Справедливість формується у суспільстві відповідно до уявлень про мораль і норми поведінки. Категорія загальної справедливості перебуває, як правило, за межами правового регулювання, у сфері моралі. Поняття справедливості містить стандарти, що прийняті суспільством як морально виправдане та правильне мірило для порівняння дій суб'єкта на користь (або на шкоду) суспільства та інших осіб. Справедливість враховує оцінки діяння: співвідношення праці та винагороди, заслуги та їх визнання, права та обов'язки, правопорушення і відповідальність.

Особливо важливу роль цей принцип відіграє у правосудді, оскільки метою правового регулювання суспільних відносин є досягнення справедливості з урахуванням конкретних життєвих обставин. Застосування принципу верховенства права відбувається в тих випадках, коли необхідно відійти від вузького розуміння вимог формального нормативного припису з метою захисту справедливості або прийняти рішення всупереч цим вимогам, вважає С. Шевчук.<sup>2</sup>

Маючи філософсько-правовий характер, поняття справедливості є оціночним, тому не може бути визначено чітко та однозначно, отже, в науковій літературі розглядається багатоаспектно. Оцінка права з погляду справедливості є суб'єктивною характеристикою, що реалізується на рівні індивідуальної чи суспільної правосвідомості. Якщо справедливість не є підґрунтям співіснування людей та соціальних інституцій, то виникає обурення, відчуття приниження, що має наслідком кризи та соціальні конфлікти.

Верховенство права передбачає, що дотримання справедливості в різних сферах суспільного життя є показником того, чи держава насправді є демократичною, соціальною та правовою. Держава, в якій відсутні гарантії права на справедливий суд, починаючи від права на доступ до суду, його неупередженості та незалежності, справедливості та належної обґрунтованості його рішень і належного їх виконання, не може називатися демократичною.

Правознавці виокремлюють такі елементи поняття справедливості, як формальна справедливість, моральна справедливість, універсальна справедливість, коригуюча справедливість.<sup>3</sup>

Принцип справедливості тісно пов'язаний з ідеями природного права і

<sup>1</sup> Мережко О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. – К.: Юстиніан, 2010. – С.86.

<sup>2</sup> Шевчук С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України //Право України. – 2021. - №5. – С.176.

<sup>3</sup> Іванова Л. Принцип справедливості в правосудді //Вибори та демократія. – 2009. - №3. – С.52-58; Луспенік Д.Д. Законність, обґрунтованість і справедливість судового рішення – основна частина авторитету судової влади //Вісник Верховного Суду України. – 2010. - №1. – С.10-12.



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

об'єктивно визначає зміст позитивного права сучасних демократичних держав, сприяючи утвердженню верховенства права. Право є закріпленою і реалізованою справедливістю. Так, з принципом справедливості поєднується конституційне положення про те, що основні права і свободи людини є невідчужуваними і належать кожному від народження. Відповідно до вимог верховенства права і правової держави соціальна справедливість є основою національної стабільності та благополуччя громадян. Прагнення до забезпечення соціальної справедливості стосовно найбільш вразливих верств населення – це основний показник ефективності влади.

Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів<sup>1</sup> містить вимоги щодо забезпечення кожного правом на справедливий судовий розгляд. Згідно з цим документом справедливість означає наявність таких процесуальних гарантій для учасників провадження, як рівність та змагальність сторін, ефективне використання сторонами у справі права на захист, швидкий розгляд справи у розумні строки.

З позицій верховенства права справедливість є одним із найважливіших принципів, що реалізується як у законодавчій, так і в правозастосовній діяльності. Справедливий закон є втіленням ідеї рівної для всіх свободи – вчиняти все, що не обмежує свободи інших і не завдає шкоди, а також не заборонене законом. Ідея справедливості реалізується через нормативне закріплення права на справедливий судовий розгляд.

У вітчизняній юридичній літературі визнається, що принцип верховенства права може досягти свого призначення, якщо його пов'язувати передусім із невід'ємними, невідчужуваними правами людини, в яких реалізується ідея справедливості. Отже, справедливість є оптимальним показником співвідношення протилежних інтересів у суспільстві. Право, яке римські юристи називали мистецтвом добра і справедливості, належить до загальнолюдських цінностей.

Реалізація принципу справедливого суду має вирішальне значення для забезпечення принципу верховенства права і полягає у здійсненні правосуддя як форми захисту права судовою владою, розгляді і вирішенні цивільних, кримінальних, адміністративних справ, а також економічних спорів з метою охорони прав і законних інтересів громадян, організацій, суспільства і держави. Правосуддя здійснюється при дотриманні таких вимог: а) доступність судового захисту; б) проведення судового захисту і винесення рішення на основі закону; в) обов'язковість виконання прийнятих рішень; г) можливість скасування ви-

---

<sup>1</sup> Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів. Схвалено Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006.

щим судом рішення суду нижчої інстанції, яке не набрало законної сили; д) неоспорюваність остаточного судового рішення, яке набрало законної сили.<sup>1</sup>

Суд є уособленням справедливості, тому його діяльність не може бути непрозорою або перебувати поза мораллю. Справедливість забезпечується правильною встановлення фактичних обставин справи, їх юридичної оцінки, тлумаченням норми, що застосовується. Це можливо за умови дотримання закріпленої в нормах права процедури розгляду справ, зокрема процесуальних строків, принципів судочинства, і розгляду справи безстороннім і незалежним судом на основі змагальності та рівності сторін.

Аналізуючи рішення Конституційного Суду України, можна дійти висновку, що він дотримується принципу справедливості, вирішуючи питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і надаючи офіційне тлумачення Конституції України та законів України.

Так, Конституційний Суд України у Рішенні (справа про призначення судом більш м'якого покарання, 2004 р.) зазначив, що справедливість – одна з основних засад права, яка є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки та у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення.

Правову позицію щодо дотримання справедливості Конституційний Суд України висловив у Рішенні від 30 січня 2003 р. № 3рп/2003 у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора: “Правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах”.

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях часто посилається на принцип верховенства права та принцип справедливості. Так, у справі *Луганська проти України* (2006 р.) Суд дійшов висновку, що Уряд України повинен виплатити заявниці залишок заборгованості за невиконаними рішеннями щодо виплати заборгованості із заробітної плати та інших виплат на відшкодування її матеріальної шкоди, а також присудив їй виплату 1300 євро на відшкодування моральної шкоди відповідно до засад справедливості.

У справі *Іванов проти України* (2006 р.) заявник стверджував, що підпискою про невіїзд, що взята у заявника у межах розслідування кримінальної справи проти нього, держава порушує право на свободу пересування, оскільки він мав обов'язок постійно доповідати судді або слідчому про зміну свого місця перебування. Держава заперечила позицію заявника на підставі того, що цей

<sup>1</sup> Скаун О.Ф. Верховенство права і правова держава: співвідношення понять // Вісник Харківського національного університету імені Н. В. Каразіна. – 2008. - № 841. – С.10-14.

запобіжний захід відповідав закону. Суд визнав порушення ст. 2 Протоколу № 4 (право на свободу пересування) державою, оскільки період перебування під цією підпискою був занадто довгим (10 років і 4 місяці), тому ці обмежувальні заходи вже не відповідали принципу справедливості.

Оскільки поняття справедливості є оціночним, зміст його може різнитися для конкретного суб'єкта права. Відповідно до вимог верховенства права у кожному випадку має бути обґрунтування правової позиції правозастосовного органу. Належне застосування принципу справедливості підвищує ефективність захисту прав та свобод людини, оскільки право на справедливий суд є невід'ємною складовою принципу верховенства права.

**Алла Ширант,**  
к.ю.н., адвокат  
alla.shyrant@gmail.com

### **ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНОГО ФАКТУ, ЯКИЙ ПОРОДЖУЄ ПРАВО НА СОЦІАЛЬНІ ПІЛЬГИ (ПРАВАЗАСТОСОВЧИЙ АСПЕКТ)**

Значення юридичних фактів в правозастосовчій практиці судів важко переоцінити. Як відомо завданням судочинства є захист прав, свобод та інтересів осіб (ст. 1 ЦПК України, ст. 2 КАС України). Стаття 213 ЦПК України та стаття 159 КАС України встановлює вимоги до рішення суду та зазначає, що воно 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 підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні.

Отже, кваліфікація судом правовідносин сторін та застосування до них відповідної норми матеріального права безпосередньо залежить від того які саме обставини встановить суд в процесі розгляду справи. При цьому важливим є не тільки встановлення судом певних обставин, але й визначення ним того яка саме встановлена конкретна обставина породжує виникнення прав та обов'язків сторін спірних правовідносин. Тобто є юридичним фактом, який є підставою для виникнення відповідного права особи, якому суд повинен надати захист.

В процесі захисту судом прав особи на соціальні пільги, які встановлюються в окремих законах як реалізація положень статей 3 та 46 Основного Закону України, виникає проблема визначення конкретного юридичного факту, який є підставою для виникнення у особи права на таку пільгу. Як приклад існування вказаної проблеми можна навести правові позиції судів касаційної інстанції (Вищого адміністративного суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ), які неоднаково реалі-

зували одні й ті самі норми матеріального права - приписи статті 46 Основного Закону України, - що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах.

В одному випадку суд касаційної інстанції як обставину, якої достатньо задля застосування до особи соціальної пільги, визначив наявність у особи статусу військовослужбовця (згідно п.5 ст.12 Закону України “Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей”)<sup>1</sup>. В іншому - суд касаційної інстанції як обставину, яка є підставою задля застосування до багатодітної сім’ї соціальної пільги визначив факт внесення відомостей про сім’ю до Єдиного державного автоматизованого реєстру осіб, які мають право на пільги, а не факт народження в сім’ї третьої дитини, з яким законодавець пов’язує поняття багатодітної сім’ї<sup>2</sup>.

Слід нагадати, що стаття 1 Закону України “Про охорону дитинства” вказує, що багатодітна сім’я - сім’я, в якій подружжя виховує трьох і більше дітей, а стаття 13 вказаного Закону встановлює перелік пільг, які надаються багатодітним сім’ям. Тобто юридичним фактом, з яким законодавець пов’язує застосування пільг, передбачених статтею 13 вказаного Закону, є факт народження третьої дитини.

Проте суд Вищий адміністративний суд України (який погодився із державною районною адміністрацією) вважає, що юридичним фактом для застосування вказаної пільги є факт внесення родини до відповідного електронного реєстру, а не факт народження третьої дитини, як вбачається з буквального тлумачення статті 1 Закону України “Про охорону дитинства”. Такий висновок суб’єкт владних повноважень аргументував тим, що відповідно до пункту 7 постанови Кабінету Міністрів України від 16.02.94 року № 94 “Про надання пільг, передбачених Законом України “Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту” та статті 8 Цивільного Кодексу України (аналогія закону) пільги багатодітним сім’ям, як і іншим пільговим категоріям населення, надаються з дня звернення.

Проте задля визначення юридичного факту, який породжує право багатодітної сім’ї на пільги, слід врахувати наступні законодавчі положення: (1) статтю 8 Основного Закону України, яка вказує, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами

<sup>1</sup> Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 вересня 2013 року, Судова палата з розгляду цивільних справ / Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ [Електронний ресурс] – Режим доступу <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33740139>

<sup>2</sup> Ухвала Вищого адміністративного суду України від 24 липня 2014 року / Вищий адміністративний суд України [Електронний ресурс] – Режим доступу <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39924961>

прямої дії; (2) статтю 3 Основного Закону України, яка зазначає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави; (3) статтю 46 Основного Закону України, яка вказує, що громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом; (4) статті 1,13 Закону України “Про охорону дитинства”, згідно яких юридичним фактом для застосування пільг для багатодітних сімей, є факт народження третьої дитини; (5) те, що посвідчення батьків багатодітної родини (яке видається згідно постанови Кабінету Міністрів України від 2 березня 2010 року № 209 “Деякі питання виготовлення і видачі посвідчень батьків та дитини з багатодітної сім'ї”) не встановлює право на пільги, а лише їх підтверджує; (6) будь-яких нормативно-правових актів, які б визначали окремий, чіткий період застосування пільг, що передбачені для багатодітних сімей, не існує; (7) Закон України “Про державну допомогу сім'ям з дітьми” регулює відносини щодо підтримки сімей з дітьми (в тому числі й багатодітних) та містить механізм визначення періоду, за який надається забезпечення сім'ям з дітьми - з дати народження дитини незалежно від дати звернення; (7) відповідно до статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону).

Отже, при визначенні періоду застосування пільг для багатодітної сім'ї, які передбачені Законом України “Про охорону дитинства”, доречно застосовувати аналогію Закону України “Про державну допомогу сім'ям з дітьми”, оскільки обидва закони регулюють ті самі суспільні відносини – з державної підтримки сімей з дітьми. За таких обставин, положення Кабінету Міністрів України від 2 березня 2010 р. N 209 “Деякі питання виготовлення і видачі посвідчень батьків та дитини з багатодітної сім'ї” про те, що посвідчення батьків багатодітної сім'ї посвідчує статус багатодітної сім'ї, не є перешкодою для застосування пільг, що передбачені статтею 13 Закону України “Про охорону дитинства” з моменту народження третьої дитини, оскільки чинним законодавством не встановлено іншого, крім передбаченого статтею 1 Закону України “Про охорону дитинства” поняття багатодітної сім'ї, яке вказує як її ознаку народження третьої дитини, а не отримання посвідчення.

Не застосування та не врахування Вищим адміністративним судом України положень ст.ст.3,8,46 Конституції України при тлумаченні статті 13 Закону України “Про охорону дитинства” призвело до того, що суд касаційної інстанції помилково пов'язує настання правових наслідків (застосування пільги) не з

фактом набуття сім'єю статусу багатодітної сім'ї (яким згідно закону є факт народження третьої дитини), а з фактом внесення відомостей про таку сім'ю до Єдиного державного автоматизованого реєстру осіб, які мають право на пільги), що є днем видачі посвідчення та такий статус лише підтверджує.

Водночас в іншому рішенні суд касаційної інстанції (Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ) фактично застосував приписи ст. 3, 8, 46 Основного Закону України та правильно витлумачив положення статті п.5 ст. 12 Закону України “Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей, що призвело до того, що суд касаційної інстанції правильно пов’язує настання правових наслідків (застосування пільги) з фактом наявності у громадянина статусу особи, яка має соціальні пільги, а не з фактом внесення відомостей про таку особу до Єдиного державного автоматизованого реєстру осіб, які мають право на пільги), що такий статус лише підтверджує.

Слід зазначити, що вказані розбіжності в практиці правозастосування судів касаційної інстанції має вирішити Верховний Суд України або Конституційний Суд України, оскільки рішення цих судів є обов’язковими для застосування.

**Михайло Шумило,**

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

## **ПОНЯТТЯ “ПЕНСІЙНА СПРАВА” У ПРАВОВІДНОСИНАХ В ПЕНСІЙНОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕНІ**

**Д**инаміка пенсійного законодавства, широкий спектр наукових досліджень пенсійного забезпечення різноманітними гуманітарними та суспільними науками, до яких окрім права можна віднести економічні дослідження пенсії, а також соціологію, філософію та ін. призводить до виникнення властиво пенсійно-правової термінології. Розвиток пенсійного законодавства, а також теоретичні дослідження сприяють виникненню та укріпленню спеціального понятійно-категоріального апарату. Ці тенденції є однією із ознак виникнення та утвердження окремої галузі права – Пенсійного права.

Викладене свідчить, що існує необхідність детального вивчення та характеристики понять пенсійного забезпечення, без яких останнє буде неповноцінним. Серед останніх можна виділити поняття “пенсійна справа”. Враховуючи результати сучасних наукових пошуків у сфері правовідносин в пенсійному забезпеченні серед яких виділяють: пенсійно-страхові, процедурно-організаційні, пенсійно-забезпечувальні, процесуально-захисні, виконавчі (постпроцесуальні)

## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

правовідносини<sup>1</sup>. Поняття “пенсійна справа” використовується тільки у двох видах правовідносин: у процедурно-організаційних та процесуально-захисних і мають абсолютно різне змістовне та функціональне навантаження.

*Пенсійна справа у процедурно-організаційних правовідносинах пенсійного забезпечення.*

Процедурно-організаційні правовідносини в пенсійному забезпеченні – це відносно самостійне коло суспільних відносин організаційного характеру, метою яких є реалізація правоздатною особою права на пенсійне забезпечення, а саме встановлення та оформлення у визначеному порядку юридичних фактів і подання документів до органів спеціальної компетенції.

Жодним спеціальним, пенсійним нормативно-правовим актом України (пенсійні закони та акти Пенсійного фонду України, далі – ПФУ) не дано визначення поняттю “пенсійна справа”.

Проте, слід зазначити, що ще у Законі України “Про пенсійне забезпечення”<sup>2</sup> від 05.11.1991 № 1788 у ст. 98 згадується це поняття, а саме: перерахунок пенсії провадиться на підставі документів про вік, стаж, заробіток та інших, наявних на час перерахунку в пенсійній справі, а також додаткових документів, поданих пенсіонером на час перерахунку. Загалом, у Законі двічі використовується це поняття.

Термін “пенсійна справа” є також у Законі України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування”<sup>3</sup> від 09.07.2003 № 1058. У ст. 43 цього Закону йдеться про перерахунок пенсій, призначених до набрання чинності згаданого Закону. Частина 2 передбачає, що: “для перерахунку пенсій ... враховується заробітна плата (дохід), з якої було раніше обчислено пенсію, за документами, наявними в пенсійній справі...”. Загалом, у Законі поняття “пенсійна справа” використовується три рази.

Варто відзначити, що досліджуване поняття використовується при правотворчій діяльності непрофільних органів державної влади. Так, відповідно до п. 680 Переліку типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів<sup>4</sup>, затвердженого

<sup>1</sup> Шумило М.М. Правовідносини в пенсійному забезпеченні // Правова держава. Щорічник наук. праць. – Вип. 23. – 2012. – С. 313-319.

<sup>2</sup> Закон України “Про пенсійне забезпечення” від 05.11.1991 № 1788. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1788-12/page?text=%F1%EF%F0%E0%E2>

<sup>3</sup> Закон України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” від 09.07.2003 № 1058. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1058-15/page?text=%F1%EF%F0%E0%E2>

<sup>4</sup> Наказ Міністерства юстиції України “Про затвердження Переліку типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів” 12.04.2012 № 578/5. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3>

наказом Міністерства юстиції України 12.04.2012 № 578/5 йдеться, що строк зберігання пенсійних справ... становить 25 років після припинення виплати пенсії.

Використовує поняття “пенсійна справа”, і, як не дивно, дає йому визначення, Інструкція з організації роботи із соціального забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та членів їх сімей у Міністерстві оборони України<sup>1</sup>, затверджена наказом Міністра оборони України від 15.02.2010 р. № 61. Так, “пенсійна справа” – справа, яка оформлюється органом, що призначає пенсію, і за якою здійснюються виплата та перерахунки пенсії. Також Інструкція передбачає інше поняття “особово-пенсійна справа” – справа, яка містить особову справу, розрахунок вилучення років (страховий стаж) військовослужбовця на пенсію, копії документів, що були підставою для призначення пенсії, надісланих до органів, що призначають пенсії, копії довідок, які були підставою для здійснення перерахунків пенсій, копії посвідчень, що дають право на пільги, а також листування з пенсіонером та іншими органами з питань соціального забезпечення особи, на яку заведено цю справу. Особово-пенсійні справи зберігаються в обласному військовому комісаріаті. “Припинена особово-пенсійна справа” – справа, за якою виплата пенсії органом, що призначає пенсію, припинена у зв’язку зі смертю одержувача пенсії чи визнанням його працездатним, переходом на інший вид пенсії.

Спеціальним документом, який найчастіше викопистовує поняття “пенсійна справа”, що є закономірним, є постанова ПФУ “Про затвердження Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування”<sup>2</sup> від 25.11.2005 № 22-1. Наведена постанова неодноразово, загалом 20 разів використовує поняття “пенсійна справа”, але не дає йому визначення.

На нашу думку, порушене питання має як практичну, так і теоретичну складові, які тісно між собою пов’язані. Йдеться про те, що пенсійна справа є формалізованим, матеріалізованим юридичним складом процедурно-організаційних правовідносин. Саме в пенсійній справі акумулюється перелік документів, якими підтверджуються спеціальна правосуб’єктність пенсіонера. Тобто, пенсійна справа – це сукупність документів, які підтверджують право

---

rada.gov.ua/laws/show/z0571-12

<sup>1</sup> Наказ Міністра оборони України “Про затвердження Інструкції з організації роботи із соціального забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та членів їх сімей у Міністерстві оборони України” від 15.02.2010 р. № 61. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0212-10>

<sup>2</sup> Постанова ПФУ “Про затвердження Порядку подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” від 25.11.2005 № 22-1. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1566-05>



особи на пенсію і які є підставою для її призначення, перерахунку, призупинення та поновлення виплат або ж припинення виплат. Більше того, враховуючи той факт, що процедурно-організаційні правовідносини мають власний об'єкт, який полягає у встановленні юридичних фактів зокрема та юридичного складу загалом, то можна сказати, що пенсійна справа – це матеріалізований об'єкт процедурно-організаційних правовідносин в пенсійному забезпеченні.

По-іншому можна трактувати поняття *“пенсійна справа”* через призму *процесуально-захисних правовідносин в пенсійному забезпеченні*, під якими слід розуміти суспільні відносини, регламентовані процесуальним законодавством з метою захисту та відновлення порушеного права особи на пенсійне забезпечення.

Пунктом 4 ч. 1 ст. 18 Кодексу адміністративного судочинства України<sup>1</sup> від 6 липня 2005 № 2747 передбачено, усі адміністративні справи щодо спорів фізичних осіб з суб'єктами владних повноважень з приводу обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг відносяться до предмету підсудності адміністративних судів. Про підсудність пенсійних справ адміністративним судам йдеться також у п. 16 Постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України *“Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів”*<sup>2</sup> від 20.05.2013 № 8. У випадку виникнення спору щодо недержавного пенсійного забезпечення чи грубого порушення пенсійного законодавства – підсудність такого роду справ відноситься до судів загальної юрисдикції. Крім цього, як свідчать статистичні дані, відсоток звернень до адміністративних судів з позовами в сфері соціального забезпечення є другим за кількістю після податкових спорів. У 2012 році цей показник був на рівні – 31,9% від усіх справ, в 2011 – 28,1 % справ, тенденція до збільшення росту пенсійних справ в адміністративних судах очевидна.

Наведене вище свідчить про те, що кількість пенсійних спорів досить значна, а отже необхідність виділяти їх серед інших, вже об'єктивно назріла. Проте, навіть у єдиному на сьогодні узагальненні судової практики щодо пенсійних спорів жодного разу не використовуються поняття *“пенсійний спір”* або *“пенсійна справа”*. Йдеться про Оглядовий лист Вищого адміністративного суду України *“Про практику застосування законодавства з питань пенсійного забез-*

<sup>1</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747 // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2747-15?nreg=2747-15&find=1&text=%EF%E5%ED%F1&x=10&y=5#w11>

<sup>2</sup> Постанова пленуму Вищого адміністративного суду України *“Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів”* від 20.05.2013 № 87. – [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13?nreg=v000876013&find=1&text=%EF%E5%ED%F1&x=8&y=6>

печення (за результатами справ, розглянутих Вищим адміністративним судом України у касаційному порядку)”<sup>1</sup> від 14.08.2008 № 1406/100/13-08.

Статею 3 КАС України визначено, що справа адміністративної юрисдикції (далі – адміністративна справа) – 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.

На нашу думку, необхідно не тільки на теоретичному рівні виділяти категорію проваджень щодо пенсійного забезпечення, але і законодавчому. Це зумовлено тим, що йдеться про реалізацію одного з найголовніших соціальних прав людини – права на пенсійне забезпечення.

Таким чином, пенсійна справа у процедурно-захисних правовідносинах в пенсійному забезпеченні – це різновид адміністративної справи, що розглядається у судовому порядку щодо реалізації порушеного права на пенсійне забезпечення.

Ілля Шутак,

д.ю.н., професор кафедри теорії та історії держави і права  
Івано-Франківського університету права ім. Короля Данила Галицького  
legaltechnique@gmail.com

## ПОНЯТТЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕХНІКИ

Поняття “юридична техніка” входить у категоріальний апарат європейської юридичної науки на рубежі XIX–XX ст. Історичні передумови цього процесу полягають у становленні юридичного світогляду та розвитку доктрини юридичного позитивізму<sup>2</sup>.

Юридична техніка – це сукупність прийомів і способів підготовки, розгляду, прийняття та обнародування проектів нормативно-правових, правозастосовних, інтерпретаційних актів, які забезпечують повне, просте, точне, економічне їх співвідношення з життєвими реаліями, волею нормодавця або інтерпретатора<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Оглядовий лист Вишого адміністративного суду України “Про практику застосування законодавства з питань пенсійного забезпечення (за результатами справ, розглянутих Вищим адміністративним судом України у касаційному порядку)” від 14.08.2008 № 1406/100/13-08. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v1406760-08/page?text=%F1%EF%F0%E0%E2>

<sup>2</sup> Муромцев Г. И. Юридическая техника : некоторые аспекты содержания понятия / Г. И. Муромцев // Проблемы юридической техники : [сб. ст.] / под ред. Д. ю. н., проф., акад. РАЕН и ПАНИ, засл. деят. науки РФ В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – С. 12.

<sup>3</sup> Шутак И. Д. Теория и практика оговорок в праве : система понятий. Терминологический словарь / И. Д. Шутак. – СПб : Санкт-Петербургский университет МВД России;

“Широкий” підхід дозволяє стверджувати, що юридична техніка охоплює практично всі види правової діяльності та суттєво впливає на їх якість. Тоді як “вузький” підхід до розуміння юридичної техніки обмежується її присутністю лише в одній сфері права – законодавчій. Так, на підтвердження цього в наукових працях, присвячених юридичній техніці, автори найчастіше розглядають, по суті, тільки правила і прийоми техніки законодавчого процесу, тим самим ототожнюючи поняття “юридична техніка” і “законодавча техніка”<sup>1</sup>.

Вчені не відразу прийшли до думки про те, що майстерність у галузі юридичної діяльності не обмежується лише законодавством. С. Алексєєв вперше відійшов від розуміння термінів “законодавча техніка” і “юридична техніка” як синонімічних понять.

На сучасному етапі, в основному, подолано ототожнення юридичної та законодавчої техніки, яке існувало в радянській науці з 1960-х років. Такий підхід був продиктований офіційною правовою доктриною зі зведенням наукових завдань до формально-юридичного аналізу нормативно-правового матеріалу. Це відображено у низці підручників з теорії держави і права, які розглядали питання юридичної техніки. При визначенні поняття “юридична техніка” автори (А. Малько, Н. Матузова, М. Марченко, С. Алексєєв) дають схожі дефініції даного терміну, які принципово не відрізняються.

Так, А. Малько і Н. Матузова розглядають юридичну техніку як сукупність правил, прийомів, способів підготовки, складання, оформлення юридичних документів, їх систематизації та обліку, що забезпечує їх досконалість, ефективне використання<sup>2</sup>.

Аналогічний сенс вкладає в це поняття С. Алексєєв, визначаючи, що юридична техніка – це сукупність засобів і прийомів, використовуваних у відповідності з прийнятими правилами при виробленні та систематизації нормативно-правових актів для забезпечення їх досконалості<sup>3</sup>.

В. Карташов поділяє юридичну техніку на правотворчу і правозастосовну (правореалізаційну), інтерпретаційну і правосистематизуючу, судову і слідчу, прокурорську тощо<sup>4</sup>.

Деякі автори чітко вказують на критерій, за яким виділяють види юридичної техніки. Так, С. Алексєєв, зазначає, що юридична техніка класифікується

---

Алетейя, 1999. – С. 8.

<sup>1</sup> Нормография : теория и методология нормотворчества : научно-методическое и учебное пособие / под ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Арзамасова. – М. : Академический Проект, 2007. – С. 104-105.

<sup>2</sup> Давыдова М. Л. Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники: дис. ... д. ю. н. : 12.00.01 / Давыдова Марина Леонидовна. – Волгоград, 2010. – С. 39-40.

<sup>3</sup> Алексєєв С. С. Общая теория права / С. С. Алексєєв. – М., 2009. – С. 483.

<sup>4</sup> Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – 2-е изд., пересмотр. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. – С. 93.

з точки зору юридичної природи складеного акта на: техніку нормативно-правових актів; техніку індивідуально-правових актів<sup>1</sup>.

У свій час Р. Ієрінг писав: “Право існує для того, щоб здійснюватися. Здійснення – життя, істина й саме право...”<sup>2</sup>.

С. Алексєєв поділяє юридичну техніку за видами нормативно-правових актів, які обслуговуються певною сукупністю технічних прийомів і засобів, на законодавчу (правотворчу) техніку і техніку індивідуальних актів<sup>3</sup>.

В обох випадках класифікації на першому місці виділяється законодавча техніка. Саме на ній акцентовано особливу увагу в рамках юридичної техніки. Важливо зазначити, що юридична техніка – явище багатогранне, яке включає в себе не тільки техніку законотворчої діяльності, але й техніку правозастосовної діяльності.

Питання про предмет юридичної техніки – це питання про те, на що спрямовані цілі. Документаційний підхід, об’єднує таких авторів, як: В. Ваграс, Б. Гарнер, Л. Грагам, Н. Краснослободцева, І. Онищук, М. Панов, О. Прохоренко, Й. Райдот, Б. Раппапорт, Р. Стефанчук, М. Фельзенбург, Є. Шугріна, І. Шутак, О. Хазова та ін. Згадані науковці пов’язують правила юридичної техніки виключно з необхідністю створення письмових документів – правових актів. Юридична техніка розглядається вченими як техніка вироблення та систематизації правових актів, підготовки, складання, оформлення юридичних документів, їх розгляду, ухвалення і оприлюднення.

Так, І. Онищук у монографії “Техніка юридичного письма в нормативно-правових актах” розглянув такий сегмент юридичної техніки як юридичне письмо. Дане поняття визначено автором як форма юридичного мислення, майстерність написання, система письмових засобів та правил їх використання, засіб фіксації юридичної мови, який за допомогою графічних елементів передає мовленнєву інформацію у вигляді “написаного тексту” та “офіційного документа” на відстань і закріплює її в часі. Техніку ж юридичного письма визначено як складову юридичних технологій, що виступає системою професійних юридичних правил, засобів, прийомів і методів, які використовуються для забезпечення конструктивності письмової побудови та досконалості нормативно-правових актів<sup>4</sup>.

Формальний напрямок у юридичній техніці охоплює тільки правила зовнішнього оформлення правових актів, надання їм належної форми. У такому

<sup>1</sup> Давыдова М. Л. Юридическая техника : проблемы теории и методологии [монография] : / М. Л. Давыдова. – Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2009. – С. 94.

<sup>2</sup> Иеринг Р. Юридическая техника / Сост. А. В. Поляков.- М. : Статут, 2008. – С. 29.

<sup>3</sup> Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – 2-е изд., пересмотр. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. – С. 92.

<sup>4</sup> Онищук І. І. Техніка юридичного письма в нормативно-правових актах : монографія / І. І. Онищук. – Івано-Франківськ : Лабораторія академічних досліджень правового регулювання та юридичної техніки, 2014. – С. 159.

трактуванні техніко-юридичні правила відповідають за мову, стиль, нумерацію, рубрикацію акта, не проникаючи у його зміст. А. Деревнін, наприклад, вказує, що юридична техніка використовується виключно, щоб словесно висловити й документально закріпити юридичний зміст нормативно-правового акта. Змістова сторона акта формується, на його думку, без участі юридичної техніки<sup>1</sup>.

Змістовий напрямок розглядає юридичну техніку як засіб удосконалення права як за формою, так і за змістом. Юридична техніка при такому розумінні покликана забезпечити не тільки зовнішню “красу” правових актів, а й їх відповідність із життєвими реаліями, адекватно відображати суспільні потреби. Так, А. Венгеров підкреслює, що юридична техніка — це не тільки логічні, граматичні, структурні прийоми підготовки правових актів. Це ще й оцінка акта з позиції вербалізації соціального замовлення, відсутності прогалин, неприпустимості внутрішнього і зовнішнього протиріччя, наявності компромісів тощо<sup>2</sup>.

Слід зауважити, що строго формальні визначення юридичної техніки в літературі можна зустріти вкрай рідко, як, зрештою, і суто змістові. М. Давидова вважає, що це пов’язано з тим, що обидві крайні точки є помилковими. З одного боку, формальні аспекти юридичної техніки більш наочні. Вживаючи термін “технічно-юридичний”, вчені, як правило, мають на увазі зовнішні, формальні, технічні властивості акта. З іншого боку, ступінь досконалості форми може бути оцінений тільки з урахуванням того, наскільки адекватно ця форма відображає зміст<sup>3</sup>.

З правової сторони юридична техніка пов’язана із створенням нормативно-правових актів, що утворює її головну і, мабуть, вихідну частину. Інший важливий її елемент — техніка правозастосовної діяльності. Як уже зазначалося, більшість проаналізованих авторів дають таке теоретичне тлумачення юридичної техніки, яке зводить її до “сукупності правил”, “системи правил і прийомів”, і розглядають лише один її аспект — одну з форм, в якій вона проявляється, а саме у формі законодавчої техніки<sup>4</sup>.

Основним критерієм класифікації видів юридичної техніки виступають етапи правового регулювання (правотворчість, дія права, реалізація права). Таким чином можна виділити шість видів юридичної техніки: правотворча техніка; техніка опублікування нормативно-правових актів; техніка систематизації

<sup>1</sup> Там само. — С. 29.

<sup>2</sup> Венгеров А. Б. Теория государства и права [Электронный ресурс] / А. Б. Венгеров. — 3-е изд. — М. : Юриспруденция, 2000. — С. 424. — Режим доступа : <http://www.yuridlit.narod.ru>.

<sup>3</sup> Давыдова М. Л. Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники. — С. 58.

<sup>4</sup> Там само. — С. 46.

нормативно-правових актів; інтерпретаційна техніка; техніка реалізації права; правозастосовна техніка<sup>1</sup>.

Таким чином, раніше вчені говорили про законодавчу техніку, що на практиці призвело до зниження ефективності правозастосовної та інтерпретаційної техніки, висвітлення досить широкого спектра проблем, що вимагають своєї розробленості та вивчення. У результаті чого, останнім часом вчені все більш серйозну увагу звертають саме на ці складові частини юридичної техніки. У статтях простежується тенденція, що дозволяє зробити висновок про крайню необхідність детального та всебічного дослідження правозастосовної та інтерпретаційної техніки, корпоративної правотворчості, розробки техніки правового моніторингу, що дозволить удосконалювати правову матерію з моменту її задуму, на всіх етапах правозастосування, до втрати чинності.

**Тетяна Юзько,**

викладач правових дисциплін,  
Барський гуманітарно-педагогічний коледж ім. М. Грушевського  
galtao@ukr.net

## ПОНЯТТЯ “САМОЗАХИСТУ” В ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

В останні роки значно збільшилася кількість порушень трудових та інших соціальних прав громадян. Почастішали випадки незаконних звільнень, набули масового характеру несвоєчасна виплата заробітної плати та так зване відправлення працівників у вимушені неоплачувані відпустки. У багатьох комерційних організаціях відсутня відповідна процедура оформлення трудових відносин відповідно до чинного законодавства. Дана ситуація зумовлена, насамперед, змінами економічної ситуації в бік розвитку ринкових відносин, що зумовило появу тих проблем, до вирішення яких не було готове трудове законодавство. Низький рівень правосвідомості працівників, слабе знання і невміння правильного роз'яснення і застосування трудового законодавства та практична відсутність результативності правових засобів, за допомогою яких можливо відновити порушені трудові права працівників вкрай негативно позначаються на рівні правового захисту та самозахисту прав працівників.

З точки зору наукової теорії самозахист є принциповим нововведенням, яке не піддавалося раніше науковому дослідженню. Це обумовлено відсутністю в трудовому праві відповідного легального поняття, що вказувало б на існування і на необхідність вивчення даної правової категорії. Однак ця обставина не означає, що дане поняття було зовсім невідомо науці трудового права.

На відміну від трудового права, цивільному праву поняття “самозахист” відоме вже достатньо давно. Відповідно до ст. 19 Цивільного кодексу України,

---

<sup>1</sup> Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – 2-е изд., пересмотр. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. – С. 95.

самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. При цьому способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням (п.2.ст.19 ЦК України).

Відповідно до частини 5 ст. 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. В актах Міжнародної організації праці і в законодавстві зарубіжних країн передбачене право працівника на індивідуальний захист (самозахист) своїх порушених прав у формі таких дій: розірвати трудовий договір з ініціативи працівника, у разі порушення роботодавцем трудового законодавства. Наприклад, у разі дискримінації працівника, морального тиску з боку роботодавця на нього та ін; відмовитися від виконання незаконних вказівок роботодавця; відмовитися від виконання роботи, що загрожує життю і здоров'ю працівника, або яка не передбачена трудовим договором (тобто незаконне переведення працівника на іншу роботу), або у зв'язку з невилплатою заробітної плати тощо.

Зараз положення деяких статей КЗпП України спрямовані на певні дії найманих працівників, які можна охарактеризувати як самозахист. Так, наприклад, із змісту статті 32 КЗпП України, яка закріплює обов'язкову наявність згоди працівника при переведенні, впливає, що якщо переведення було здійснене без згоди працівника, то працівник може не приступати до виконання цієї роботи. Отже, такі дії можна розглядати як самозахист.

Про можливість працівника здійснювати такі дії як самозахист вказує ч. 2 п. 24 постанови Пленуму Верховного Суду України від 06.11.1992 р. "Про практику розгляду судами трудових спорів", та зауважуються у правових позиціях, висловлених судовою колегією Верховного Суду України: "невихід працівника на роботу у зв'язку з незаконним переведенням не можна вважати прогулом без поважних причин, не може вважатися прогулом відмова від незаконного переведення, від роботи зі зміненими істотними умовами праці (окрім передбачених ст. 85 КЗпП України), а також від роботи, протипоказаної за станом здоров'я або не передбаченої трудовим договором, або в умовах, небезпечних для життя і здоров'я, невихід на роботу після закінчення строку попередження про припинення трудового договору за ст. 38 КЗпП, або при незаконній відмові в наданні встановлених пільг щодо використання часу відпочинку.<sup>1</sup>

Згідно з ч. 5 ст. 153 КЗпП України працівник має право відмовитися від

<sup>1</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про практику розгляду судами трудових спорів" від 06.11.1992 р. № 9 // Дебет-Кредит(Галицькі контракти). - 2008. - № 29.; Правові позиції, висловлені судовою колегією в в цивільних справах Верховного Суду України в зв'язку з аналізом причин перегляду судових рішень у цивільних справах у 1996 році / Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995-1998) / Відп. ред. П. І. Шевчук. - К.: Юрінком- Інтер, 1988.

дорученої роботи, якщо створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя або здоров'я або людей, які його оточують, і навколишнього середовища. Таке право працівника закріплене і в Законі України “Про охорону праці”. Зокрема, в статті 6 названого закону передбачено, що працівник має право відмовитися від дорученої роботи, якщо створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя або здоров'я людей, які його оточують, або для виробничого середовища або навколишнього середовища.

Як видно, в деяких нормах закону і положеннях судової практики йдеться про певні самостійні дії найманих працівників, що спрямовані безпосередньо на захист своїх трудових прав. Проект Трудового кодексу України також дозволяє говорити про певні форми захисту трудових прав працівників. На наш погляд, право на здійснення цих дій має бути чітко закріплене в нормах трудового законодавства під узагальнювальним терміном “самозахист”.

Самозахист порівняно з іншими способами захисту трудових прав володіє рядом переваг, головне з яких описав відомий дореволюційний цивіліст Д.І.Мейер. Він стверджував, що “він, (самозахист), застосовується тоді, коли допомога з боку держави може з'явитися занадто пізно”<sup>1</sup> Самозахист поєднує в собі безліч “плюсів”; оперативний вплив на порушника<sup>2</sup>, менш витратні заходи, можливість самостійно планувати і безпосередньо контролювати хід правозахисних заходів, гнучкий підхід до проблемної ситуації, заснований на кращій обізнаності про роботодавця, що так необхідний у взаєминах з ним в умовах конфлікту. При здійсненні самозахисту працівник в стані в найкоротші терміни сам вирішити проблему, що склалася, не напружуючись довгим ходінням по різних інстанціях. Завдяки самозахисту працівник і роботодавець здатні вирішити спірні питання “на місці”, не обтяжуючи ще більше і без того завантажені судові інстанції. Крім того, якісний правовий механізм самозахисту допоможе “прищепити” працівнику відповідні навички в разі конфлікту не відразу звертатися в суд, а спробувати самостійними діями його запобігти. У зв'язку з цим варто відзначити, що закордонні дослідники вказують на тенденцію, що проявилася в країнах Заходу, суть якої полягає в тому, щоб дозволяти вирішувати трудові конфлікти на більш низькому рівні.<sup>3</sup> Тобто роботодавці і працівники прагнуть усунути розбіжності не в залі суду, а на робочому місці. Як основну перевагу самозахисту вчені вбачають у можливості негайного реагування на допущене правопорушення, чого не може забезпечити жоден юрисдикційний

<sup>1</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. / Д.И. Мейер. В 2-х частях. –М., 2000. – 750 с.

<sup>2</sup> Лушникова М.В. Лушников А.М. Выбор форм и способов защиты трудовых прав / Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального Практика применения трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении.// Материалы международной научно- практической конференции. М., 2006. – 940 с.

<sup>3</sup> Дойблер В. Тенденции развития трудового права в промышленно развитых странах/ В. Дойблер // Государство и право. - 1995.-№2. – 104-107 с.



орган, тому вказана форма захисту є найбільш ефективною в умовах ринкової економіки<sup>1</sup>. Визнаючи справедливість такого висновку, необхідно зауважити, що можливість найбільш оперативного реагування на правопорушення має особливо важливе значення при захисті трудових прав працівників.

Якщо проаналізувати дослідження вчених з даної проблеми, то можна дійти висновку, що серйозних розбіжностей в трактуваннях самого терміну “самозахист” серед дослідників не спостерігається. Але необхідно зауважити на ту обставину, що багато в чому досягнення мети самозахисту трудових прав залежить від того, який спосіб самостійного захисту своїх прав обере працівник. Однак, потрібно знати межі такого захисту, так як в іншому випадку працівник сам може стати правопорушником. Тому уявляється за необхідне виділити ознаки самозахисту, які, як правило, визнані в теорії трудового права: по-перше, здійснення самозахисту є реакцією на протиправну дію або бездіяльність, і можливо лише після порушення права, або під час порушення права; по-друге, самозахист здійснюється силами особи, чиї права порушено; по-третє, особа, яка здійснює самозахист, в момент її здійснення, або позбавлена можливості звернутися до компетентних органів за захистом свого права, або застосування заходів самозахисту в даній ситуації є більш дієвим (наприклад, у випадку відмови від виконання роботи, яка безпосередньо загрожує життю і здоров'ю особи); по-четверте, самозахист повинен бути співмірним порушенню, і, останнє, самозахист не повинен виходити за межі дій, необхідних для припинення правопорушення.

Підсумовуючи вище викладене, можна дати наступне визначення даного поняття: самозахист працівником трудових прав – це самостійна правомірна діяльність працівника, яка здійснюється в порядку захисту своїх трудових прав, без звернення в органи, що уповноважені захищати трудові права громадян. Фраза “без звернення” в приведеному визначенні покликана підкреслити, що самозахист здійснюється виключно силами працівника, під його керівництвом і контролем; при самозахисті працівник сам виступає суб'єктом, уповноваженим на захист своїх трудових прав.

Таким чином, вважаємо, що законодавче регулювання основних питань самозахисту в рамках обговорюваного проекту Трудового кодексу України має бути консолідованим. Необхідно визначити механізм самозахисту прав працівників на законодавчому рівні шляхом віднесення зазначених норм в окрему главу, з тим, щоб реалізувати трудові права та відповідні гарантії сторін трудових правовідносин.

---

<sup>1</sup> Ч.Азимов Здійснення самозахисту в цивільному праві // Вісник Академії правових наук України. – 2001. -№2. – 135-141 с.

## ПРЕДСТАВНИЦЬКИЙ МАНДАТ У СИСТЕМІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ

Належне врегулювання та втілення у конституційно-правову практику механізмів участі народу у здійсненні публічної влади на локальному рівні, обумовлює необхідність аналізу представницького мандата у системі місцевого самоврядування України. Так, до місцевих муніципальних представницьких органів належать сільські, селищні, міські, районні у містах ради, які складаються з депутатів і представляють інтереси територіальних громад відповідних адміністративно-територіальних одиниць. Регіональними представницькими органами є районні та обласні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад, сіл, селищ і міст<sup>1</sup>.

Як зазначається в науковій літературі, народне представництво та інститут представницьких органів місцевого самоврядування, а також обрані на прямих виборах посадові особи місцевого самоврядування (в Україні – сільські, селищні, міські голови) перебувають у дещо відмінному співвідношенні. Зокрема, якщо в країнах Західної Європи та США відповідні органи і посадові особи асоціюються з виконавчою владою, і питання про вищезгадане співвідношення зазвичай не виникає, то в Україні такі органи та посадові особи визначаються як суб'єкти (носії) місцевого самоврядування, яке нерідко розглядають як вид публічної влади, відмінний від влади державної. Відповідь на питання співвідношення народного представництва і представницьких органів місцевого самоврядування, як зазначають науковці, знаходиться у масштабі і характері представництва, здійснюваного відповідними органами і посадовими особами. Функції органів місцевого самоврядування визначаються потребами населення адміністративно-територіальних одиниць, де ці органи створені і функціонують, і орієнтовані на вирішення місцевих справ. Натомість загальнодержавні справи зазвичай вимагають політичних рішень, приймати які уповноважені вищі органи держави, зокрема парламент і президент. Відтак, виходить, що представницькі органи місцевого самоврядування не мають прямого стосунку до народного представництва. Масштаб і характер мандатів депутатів місцевих рад вказують на місцеве (локальне) представництво або згідно Конституції України - представництво територіальних громад<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Батанов О.В., Воронов М.П. Представницькі органи // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: “Укр. енцикл.”, 1998. – Т. 5: П-С. – 2003. – С. 63.

<sup>2</sup> Шаповал В., Шаповал Т. Про сутнісні характеристики народного представництва.

Виходячи із змісту абзацу другого пункту 3 Рішення Конституційного Суду України у справі від 6 липня 1999 року № 7-рп/99 (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови), термін “представницький мандат” обов’язково пов’язаний з обранням особи народним депутатом України чи депутатом Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатом сільської, селищної, міської, районної у місті, районної, обласної ради з наданням їй відповідних повноважень, в тому числі виступати від імені виборців. Згідно з Конституцією України представницький мандат мають народні депутати України (частина друга статті 78), Президент України (частина четверта статті 103), депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а також депутати сільської, селищної, міської, районної, обласної ради, що прямо зумовлено представницьким характером цих органів (статті 136, 140, 141). Відповідно до вказаного Рішення сільський, селищний, міський голова, будучи головною посадовою особою відповідної територіальної громади (частина перша статті 12 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”), також володіє представницьким мандатом, наявність якого зумовлена, насамперед, його безпосереднім обранням територіальною громадою<sup>1</sup>. Так, голова районної, районної в місті та обласної ради, обираючись відповідною радою з числа її депутатів (хоча і обраних населенням територіальної громади сіл, селищ, міст), не володіючи прямим представницьким мандатом від народу, підзвітний раді і може бути звільнений з посади радою шляхом голосування. Натомість сільський, селищний, міський голова, обираючись відповідною територіальною громадою, безпосередньо отримує від територіальної громади представницький мандат. Він є підзвітним, підконтрольним і відповідальним перед територіальною громадою, перед відповідною радою, а з питань здійснення виконавчими органами ради своїх повноважень – також підконтрольний відповідним органам виконавчої влади. Повноваження сільського, селищного, міського голови за наявності визначених Законом підстав достроково припиняються за рішенням місцевого референдуму або за рішенням відповідної ради шляхом голосування<sup>2</sup>.

У науковій літературі розрізняють два типи представницького мандата у

---

Суспільство і демократія. Вісник Центральної Вибірчої Комісії № 2 (21), 2011. – С. 45-47.

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України і виконавчого комітету Вінницької міської ради щодо офіційного тлумачення положень статей 38, 78 Конституції України, статей 1, 10, 12, частини другої статті 49 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови) від 6 липня 1999 року № 7-рп/99. Справа № 1-25/99. Конституційне законодавство України (законодавчі акти, коментар, офіційне тлумачення). Збірник нормативних актів. У 2-х книгах. Вид. 2-ге, перероб. і доп. / Автори-упорядники С.В. Лінецький, М.І. Мельник, А.М. Ришелюк. Кн.2. – К.: Атіка, 2004. – С.

<sup>2</sup> Погорілко В.Ф. Голова районної, районної в місті та обласної ради. Голова сільський, селищний, міський // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: “Укр. енцикл.”, 1998. – Т. 1: А-Г. – С. 605-606.

системі місцевого самоврядування України - виключно імперативний та змішаний, що пов'язано з відмінностями депутатів сільських, селищних, міських, районних у місті (у разі їх утворення) рад та депутатів районних і обласних рад. Останні представляють у відповідній раді не громаду району чи області (яка відповідно до законодавства відсутня), а саме свій округ, який збігається з тією чи іншою територіальною громадою або їх сукупністю. Проте, імперативні риси представницького мандата в системі місцевого самоврядування України на практиці не реалізуються, оскільки сучасні європейські стандарти місцевого самоврядування орієнтують на модель вільного представницького мандата в місцевих представницьких органах. Зокрема, відповідно до статті 7 Європейської хартії місцевого самоврядування мандат місцевих виборних представників передбачає вільне здійснення ними своїх функцій, а Кодекс Франції передбачає пряму заборону імперативного мандата<sup>1</sup>.

Загалом, беззаперечним є існування представницького мандата в системі місцевого самоврядування України, його орієнтація на сучасні європейські стандарти місцевого самоврядування та значимість правового забезпечення для оптимізації конституційної моделі організації публічної влади на місцевому рівні.

Алла Юшко,

к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
alla.yushko@yandex.ua

## **ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН МОБІЛІЗОВАНИХ ПРАЦІВНИКІВ**

Складна політична ситуація в Україні і проведення мобілізації виявили потребу в додатковому правовому регулюванні суспільних відносин у різних сферах життя, зокрема, у сфері праці й соціального захисту населення.

Після прийняття першого Указу Президента України від 17.03.2014 № 303/2014 “Про часткову мобілізацію” постало багато питань щодо подальшої долі трудових правовідносин працівників, які попали під мобілізацію, а також правильного їх оформлення. Роз'яснення компетентних органів державної влади з'явилися лише в квітні<sup>2</sup>, а до того кадровики роботодавців, чії працівники були призвані на військову службу під час мобілізації, проводили

<sup>1</sup> Саханенко С. Визначення природи мандата депутата місцевої ради / С. Саханенко // Вісник Державної служби України. – 01/2004. – №1. – С.53-57.

<sup>2</sup> Див.: Роз'яснення Міноборони України від 29.04.2014 “Роз'яснення щодо забезпечення гарантій збереження за громадянами, призваними на військову службу під час мобілізації, робочого місця (посади) та середнього заробітку” та роз'яснення Державної інспекції України з питань праці від 30.04.2014 “Щодо мобілізації” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.Ligazakon.ua>.

їх звільнення за пунктом 3 ст. 36 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України), що передбачав припинення трудового договору в разі призову або вступу працівника на військову службу, направлення на альтернативну (невійськову) службу.

1 квітня 2014 року набув чинності Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення проведення мобілізації” від 27 березня 2014 року № 1169-VII, яким внесено зміни до законодавчих актів України, у тому числі й до КЗпП України.

Відповідно до частини другої статті 39 Закону України “Про військовий обов’язок і військову службу” та частини третьої статті 119 КЗпП України працівникам, які проходять військову службу за призовом під час мобілізації, на особливий період, але не більше одного року, гарантувалося збереження місця роботи, посади і середнього заробітку.

3 8 червня 2014 року вступив у силу Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення оборонно-мобілізаційних питань під час проведення мобілізації” від 20.05.2014 № 1275-VII, яким були внесені зміни до низки чинних законодавчих актів України, зокрема, Кодексу законів про працю України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Податкового кодексу України, Законів України “Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей”, “Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб”, “Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію”, “Про військовий обов’язок і військову службу”, “Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов’язкове державне соціальне страхування” тощо.

Згідно із змінами, внесеними цим Законом до частини 3 ст. 119 КЗпП України, за працівниками, призваними на військову службу за призовом під час мобілізації, на особливий період, але не більше одного року, зберігаються місце роботи, посада і компенсується із бюджету середній заробіток на підприємстві, в установі, організації, в яких вони працювали на час призову, незалежно від підпорядкування та форми власності. Виплата таких компенсацій із бюджету в межах середнього заробітку проводиться за рахунок коштів держбюджету в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Пунктом 2 Прикінцевих положень цього Закону дію частини 3 ст. 119 КЗпП України у новій редакції поширено на громадян України, які, починаючи з 18.03.2014 були призвані на військову службу на підставі Указу Президента України від 17.03.2014 № 303 “Про часткову мобілізацію”. Крім того, Законом від 20.05.2014 № 1275 були внесені зміни й до пункту 3 ст. 36 КЗпП України, відповідно до якого підставами для припинення трудового договору є призов або вступ працівника чи власника – фізичної особи на військову службу, направлення на альтернативну (невійськову) службу, крім призову працівника на військову службу за призовом під час мобілізації, на особливий період, але не більше одного року.

Фахівці Державної інспекції України з питань праці пояснюють, що зазначені гарантії поширюються на всіх працівників, призваних на військову службу під час мобілізації, та на працівників, які вступили на військову службу під час мобілізації за особистим бажанням.<sup>1</sup>

Підставою для надання таких гарантій працівникові є повістка військового комісаріату про призов працівника на військову службу.

Таким чином, усі працівники, які були звільнені з роботи на підставі пункту 3 ст. 36 КЗпП України у зв'язку із призовом на військову службу під час мобілізації, повинні бути поновлені роботодавцем на роботі у зв'язку із набуттям чинності Законом від 20.05.2014 № 1275. Поновлення на роботі має здійснюватися шляхом скасування наказу про звільнення, внесення відповідного запису до трудової книжки (за її наявності на підприємстві, в установі, організації) та особової справи (особової картки) працівника.

Починаючи з дати звільнення працівнику також має бути нарахована середня заробітна плата без нарахування податків та єдиного соціального внеску.

Відмова роботодавця від скасування наказу про звільнення працівника у зв'язку із призовом на військову службу під час мобілізації та/або невплата середньої заробітної плати є порушенням законодавства про працю і тягне за собою відповідальність, передбачену законодавством (кримінальну, адміністративну та дисциплінарну).

Безумовно, слід позитивно оцінити спроби законодавця захистити інтереси мобілізованих працівників на державному рівні, забезпечити стабільність їх трудових відносин, а, значить, впевненість у майбутньому. Однак деякі важливі питання залишилися поза правовим регулюванням і потребують нагального вирішення.

Так, наприклад, не зовсім зрозуміло, скільки часу має зберігатися місце роботи (посада) і середній заробіток за працівником, призваним на військову службу під час мобілізації, на особливий період, якщо він працював за строковим трудовим договором, і строк такого договору спливає у період перебування на військовій службі.

Стаття 119 КЗпП України поширює свої гарантії на всіх без винятку працівників, незалежно від того, працюють вони за строковим чи безстроковим трудовим договором. Відповідно до частини першої статті 39-1 КЗпП України, якщо роботодавець не видав наказу про звільнення працівника, а працівник не наполягає на розірванні трудового договору у зв'язку із закінченням його строку, дія договору вважається продовженою на невизначений строк. Тому, на наш погляд, варто погодитись з пропозиціями тих фахівців, які рекомендують до таких випадків по аналогії застосовувати правила, встановлені Законом

---

<sup>1</sup> Роз'яснення Державної інспекції України з питань праці від 17.06.2014 “Щодо поновлення на роботі працівників, які були звільнені у зв'язку з призовом на військову службу під час мобілізації” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// www.Ligazakon.ua](http://www.Ligazakon.ua).

України “Про відпустки”, зокрема ст. 3, щодо продовження строку дії трудового договору до закінчення відпустки. Тобто, якщо роботодавець не бажає продовжувати трудові відносини з працівником, якого мобілізовано, то він може видати наказ про припинення трудового договору у зв’язку з закінченням строку його дії, але з дотриманням вимог ст. 119 КЗпП України. Датою закінчення строку трудового договору має бути або конкретна подія – закінчення проходження працівником військової служби під час мобілізації, або спливу одного року з часу призову.

Більш складне питання виникає щодо підстав припинення трудового договору, укладеного на невизначений строк, з працівниками, призваними на військову службу під час мобілізації, на особливий період, якщо така служба триває більше одного року. На жаль, мусимо й такі випадки передбачати, адже з часу першої мобілізації минуло вже сім місяців, однак антитерористична операція досі не завершена, й коли зміниться ситуація у державі на краще і будуть прийняті укази про демобілізацію, невідомо. Тож можуть постати питання про підстави звільнення мобілізованих працівників. Пункт 3 ст. 36 КЗпП України після внесених до нього змін до таких випадків, очевидно, застосовуватися не може.

Раніше Законом України від 27.03.2014 № 1169-VII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення проведення мобілізації” стаття 49-2 КЗпП України “Порядок вивільнення працівників” була доповнена новою частиною. З її змісту випливає, що вимоги про попередження працівників за два місяці щодо наступного вивільнення, врахування їх переважного права на залишення на роботі та необхідність працевлаштування *не застосовуються до працівників*, які вивільняються у зв’язку із змінами в організації виробництва і праці, пов’язаних з виконанням заходів під час мобілізації, на особливий період. З цієї норми не зовсім зрозуміло, законодавець розглядає під змінами в організації виробництва і праці тільки випадки, коли підприємства, установи і організації залучаються до виконання мобілізаційних завдань (замовлень), і у зв’язку з цим упроваджують зміни на виробництві, чи й випадки, коли працівники підприємств проходять військову службу під час мобілізації, в особливий період. В такому разі працівників, за якими зберігалося місце роботи (посада) і середній заробіток на час призову на військову службу в період мобілізації, по закінченню одного року слід звільняти за пунктом 1 ст. 40 КЗпП України без попередження і надання інших гарантій. Але з точки зору моралі й справедливості вирішення проблеми таким чином є сумнівним. Тому пропонуємо доповнити КЗпП України спеціальною нормою, яка б передбачала підстави звільнення працівників, які проходили військову службу під час мобілізації більше одного року, а також соціальні гарантії, в тому числі й щодо майбутнього їх працевлаштування, наприклад, вихідна допомога, переважне право на укладення трудового договору при поворотному прийнятті на роботу тощо.

## ТЕРМІНОСПОЛУЧУВАНІСТЬ ПОНЯТТЯ “КАТЕГОРІЯ” З ІНШИМИ У ПРАВОВІЙ СФЕРІ

Наразі чимало наукових праць, у яких використовується термін “категорія”. Детальний аналіз використання цього терміна у правовій науці породжує запитання щодо його терміносполучуваності з іншими поняттями: “правова категорія”, “юридична категорія”, “правна категорія”, “правнича категорія”, “категорія права”. Спробуємо виявити найдоцільнішу терміносполучу. З цією метою спочатку звернемося до словників<sup>1</sup>.

Аналізуючи словникові статті, звертаємо увагу на те, що терміни “правовий”, “правничий”, “правний” та “юридичний” не одночасно з’явилися

<sup>1</sup> Біленький-Носенко П. П. Словник української мови / П.П. Біленький-Носенко; АН УРСР, Ін-т мовознавства ім. О.О. Потебні, Пам’ятки укр. мови; [відп. ред. К. К. Цілуйко]. – К.: Наук. думка, 1966. – 423 с.; Уманець М. Словарь російсько-український / М. Уманець, А. Спілка. – Репринт. вид. – Берлін: Укр. слово, 1924. – 1149 с.; Словарь української мови / зібрана ред. журн. “Кієвская старина”; упорядкув., з дод. влас. матеріалу Б. Грінченко; [передмова В. С. Ільїна, с. V–VIII]. – К.: Вид-во Акад. наук УРСР: (О–П), - 1959. – 506 с.; (Р–Я), - 1959. – 563 с.; Дубровський В. Словник московсько-український / В. Дубровський. – К.: Рідна мова, 1918. – 450 с.; Ізюмов О. Словник російсько-український / О. Ізюмов. – Вид. 3-є. – К.: ДВУ, 1927. – 656 с.; Російсько-український словник правничої мови: понад 67000 слів / Правн.-термінол. комісія при Соціал.-екон. від. АН; редкол.: А. Ю. Кримський (голова ред.) та ін. – К.: АН УРСР, 1926. – 227 с.; Дорошенко М. Російсько-український словник ділової мови / М.Дорошенко, М.Станіславський, В.Страшкевич; Післяслово О.Горбача; Укр. віл. ун-т. Філософ.-т. – Фотопередрук 1930 р. – Мюнхен, 1993. – 248 с.; Етимологічний словник української мови: у 7 т. / [НАН України. Ін-т мовознавства ім. О.О.Потебні; Редкол.: О.С.Мельничук (голов. ред.) та ін.]. – К.: Наук. думка, - Т. 4: (Н – П), - 2004. – 652 с.; Фасмер М. Етимологический словарь русского языка / М. Фасмер; пер. с нем. и доп. О.Н. Трубачева; под ред. и с предисл. Б. А. Ларина. – М.: Прогресс; (Муза–Сят), - 1971. – 826 с.; Фасмер М. Этимологический словарь русского языка / М. Фасмер; пер. с нем. и доп. О.Н. Трубачева; под ред. и с предисл. Б. А. Ларина. – М.: Прогресс, 1964–(Т–Яшур), 1973. – 852 с.; Словник української мови / [АН УРСР, Ін-т мовознав. ім. О.О.Потебні; редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін.]. – К.: Наук. Думка: (Поїхати – Приобляти) / [ред.-упоряд.: О.Є. Марцинківська та ін.], - 1976. – 723 с.; Словник української мови / [АН УРСР, Ін-т мовознав. ім. О.О. Потебні; редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін.]. – К.: Наук. думка, 1970: (X – Ђ) / [ред. С. І. Головащук; уклали: В.М. Білоноженко та ін.], - 1980. – 699 с.; Караванський С. Практичний словник синонімів української мови. 3-тє вид., опрацьоване і доповн. Львів: БаК, 2008. – 512 с.; Сучасний словник іншомовних слів: близько 20 тис. слів і словосполучень / Уклали: О.І. Скопненко, Т.В. Цимбалюк. – К.: Довіра, 2006. – 789 с.; Воробйова С.А. Російсько-українсько-англійський словник правничої термінології: труднощі терміновживання / Воробйова С.А., Зайцев Ю.Є., Соломашко Н.В.; Заг. ред. Ю.Зайцева. – К.: Укр. Правн. фундація, 1994. – 553 с.



## ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

в українській мові, а відтак і в мові права. Разом з тим і тлумачилися вони неоднаково у різні періоди. Так, у першій половині XIX ст. був поширеним термін “правний”, який використовувався переважно у значенні законний. Натомість у другій половині XIX ст. у словниках наявне вже паралельне використання термінів “правний” та “правовий”; “юридичний” та “правничий”. У першій половині XX століття традиція паралельного використання термінів “правовий – правний” та “правничий – юридичний” продовжується, хоча й помітна тенденція щодо переваги у використанні терміна “правний”, а не “правовий”, та певному розмежуванні термінів “юридичний” і “правничий” у сполуках, наприклад, юридична особа, але правнича мова. У другій половині XX століття терміни “правний” та “правничий” використовуються у мовленні рідко, що відповідно і позначено у словниках відміткою “рідк.”. Натомість у вжитку терміни, аналогічні російським: “правовий” – стосується права як законодавства, системи правил поведінки та науки; “юридичний” – пов’язаний із законодавством, правовими нормами і практичним їх застосуванням; з вивченням і науковою розробкою правознавства, юриспруденції; призначений для підготовки юристів.

Як бачимо, чіткої межі між цими поняттями немає, адже, наприклад, із законодавством, правовими нормами пов’язаний як один термін, так і інший. У кінці XX ст. у Словнику правничої термінології за загальною редакцією Ю. Зайцева<sup>1</sup> пропонувалося повернути до вжитку українські за походженням терміни “правний” на заміну “правовий”, а також “правничий” щодо правотворення, правозастосування, правознавства, залишаючи при цьому термін “юридичний” для позначення всього, що стосується юридичних норм.

У юридичній науці останнім часом дедалі частіше стали з’являтися статті, присвячені питанням аналізу певних категорій правової сфери. При цьому дослідники використовують переважно такі терміносполуки: правова категорія, юридична категорія, категорія права. Виникає природне запитання, чи можна вважати такі терміносполуки синонімічними? Відповідаючи на це запитання, повертаємося до понять “юридичний” та “правовий”. Якщо їх вважати синонімічними, то і відповідні терміносполуки також можна вважати синонімічними. Наразі існують різні погляди, щодо порушеного питання:

1) поняття “юридичний” та “правовий” є взаємозамінними у текстах. Такий висновок можна зробити на основі походження вищезазначених слів: поняття “правовий” утворилося від слова “право”, а “юридичний” щонайменше від латинського *iūs*, яке також означає “право”. Більшість словників синонімів подають ці два терміни як синонімічні. Водночас аналогічний висновок можна зробити й на основі аналізу статей у правовій сфері, у яких вибір поняття “юридичний” і “правовий” нічим не обґрунтовується, а по тексту використовуються

<sup>1</sup> Воробйова С. А. Російсько-українсько-англійський словник правничої термінології: труднощі терміновживання / Воробйова С.А., Зайцев Ю.Є., Соломашко Н.В.; Заг. ред. Ю.Зайцева. – К. : Укр. Правн. Фундація, 1994. – С. 460-462.

ці поняття як взаємозамінні: юридичний або правовий термін, факультет, наука, школа, допомога, позитивізм, лінгвістика та ін.

2) поняття “юридичний” та “правовий” позначають однакове правове поняття, але оскільки вони ввійшли в українську мову в різні часи, то не є взаємозамінними, адже традиційно використовуються лише з певним означником. Так, слово “право”, як вважає Н. Артикуца<sup>1</sup>, виникло на базі форми середнього роду короткої форми прикметника “правъ”, що означає “істинний, правий, справедливий”. Натомість слово юридичний утворене від лат. *juridicus*, що означає “судебний; судья”, із *iūs* (*jūs*) “право; справедливість” (від праїндоевр. \**yewes-* “закон”) + *dicere* “говорити, виголошувати”, із праїндоевр. \**deik-* “вказувати”<sup>2</sup>. Як зазначає М. Фасмер, у російську мову слово “юридичний” увійшло через німецьку, починаючи з часів Петра I. Не виключено, що з того часу воно стало використовуватися і в українській мові. Тому більш давні терміносполуки все-таки мають означник “правовий” (напр. тільки правова держава, правова норма, правова система, правова сім’я, правове регулювання, правовий режим і лише юридична особа, юридична служба, юридична фірма, юридична сила, юридична техніка).

3) поняття “юридичний” та “правовий” у певному контексті можуть бути синонімами, але не повними, адже є сфери, де їх можна і потрібно розрізнити. Так, у словниках (синонімів, перекладних, тлумачних і под.) при уважному їх прочитанні вищезгадані поняття все-таки розрізняють. Зокрема, хоча й корінь терміна “юридичний” утворено від латинського *iūs*, утім слово утворилося вже від похідного *juridicus*, що означає судовий<sup>3</sup>. Тому дослідниця Храмцова Н.Г.<sup>4</sup> вважає, що саме з цієї причини поняття “правовий” дещо ширше чим “юридичний”.

Разом з тим є низка наукових праць, у яких згадані прикметники у відповідних терміносполуках утворюють різні поняття. Зокрема Рябов Є.В.<sup>5</sup> розрізняє такі поняття, як “юридичний акт” та “правовий акт”. На його думку, термін “юридичний акт” потрібно “використовувати виключно для позначення правомірних дій як різновиду юридичних фактів (наприклад, укладання шлюбу,

<sup>1</sup> Артикуца Н. В. Найдавніші терміни українського права: етимологічні реконструкції та семантичні спостереження / Артикуца Н. В. // Наукові записки НАУКМА. - 2013. - Т. 144-145 : Юридичні науки. - С. 38-44.

<sup>2</sup> Фасмер М. Этимологический словарь русского языка / М. Фасмер; пер. с нем. и доп. О. Н. Трубачева; под ред. и с предисл. Б. А. Ларина. – М. : Прогресс. - 1971. – Режим доступа: <http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Vasmer-term-17091.htm>.

<sup>3</sup> Сучасний словник іншомовних слів: близько 20 тис. слів і словосполучень / Уклали: О.І. Скопенко, Т.В. Цимбалюк. – К.: Довіра, 2006. – С. 761.

<sup>4</sup> Храмцова Н.Г. Правовой дискурс в теории права // Бизнес и закон. Международный экономико-юридический журнал. - 2009. - № 1. - С. 81.

<sup>5</sup> Рябов Е.В. Соотношение терминов “юридический акт” и “правовой акт” в отечественной юриспруденции // Актуальные проблемы экономики и права. - 2012. - № 3. - С. 215.

договору та ін.), а термін “правовий акт” використовувати виключно для позначення офіційного юридичного документа (постанови суду, закону, договору).

Науковець Бакарджиев Я.В.<sup>1</sup> наголошує на розрізненні понять “правова сфера” та “юридична сфера”. Він вважає, що “на елементарному рівні зміст понять “правовий” та “юридичний” можна розглядати як тотожні. Але на більш складному рівні, рівні багатоперспективних відношень, ці категорії уже починають розрізнятися”. Так, на думку автора, правова сфера — це сфера, “пов’язана із створенням та існуванням положень позитивного права, яке втілюється у нормативно-правових актах, інших джерелах права і передбачених ними юридичних механізмах реалізації вказаних положень”<sup>2</sup>, натомість юридична сфера — це “сфера ширша за об’ємом, чим правова, оскільки додатково включає в себе юридичну діяльність і виражається не лише у вигляді сукупності нормативних приписів, але і в здійсненні конкретних дій з їх реалізації, тобто охоплює весь ланцюжок механізму правового регулювання”<sup>3</sup>.

У 6-томній Юридичній енциклопедії<sup>4</sup> також наявні такі подвійні терміно-полуки. Наприклад, *правова освіта* як один з головних елементів формування правової культури і правової свідомості населення та *юридична освіта* як система знань про державу і право, здобутих у результаті навчання; *правовий акт* як офіційний письмовий документ, який приймається уповноваженим органом держави і встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує певну норму права та *юридичний акт* як волевиявлення держави (її органів, посадових осіб), формально обов’язкове для виконання.

Водночас термін “юриспруденція” в цій енциклопедії поданий як близький до терміна “правознавство”, але все-таки відрізняється від нього: “юриспруденція — буквально, знання права. Термін вживається у значенні як юридичної науки, так і сфери практичної юридичної діяльності”<sup>5</sup>. Натомість правознавство тлумачиться як галузь знань про закономірності розвитку держави і права<sup>6</sup>.

Що ж до термінів “правова категорія” чи “категорія права”, то варто зазначити, що їх розмежування пояснював А.М. Васильєв<sup>7</sup> роботі “Правові категорії:

<sup>1</sup> Бакарджиев Я.В. О соотношении юридической политики и правовой политики как политико-правовых явлений // Современное право. - 2009. - № 3. - С. 32.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: “Укр. енцикл.”, 1998. — Режим доступу: <http://cyclop.com.ua/content/view/330/43/>.

<sup>5</sup> Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: “Укр. енцикл.”, 1998. — Режим доступу: <http://cyclop.com.ua/content/view/1460/1/1/10/#15589>.

<sup>6</sup> Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: “Укр. енцикл.”, 1998. — Режим доступу: <http://cyclop.com.ua/content/view/1259/58/1/15/#31650>.

<sup>7</sup> Васильєв А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. - М.: Юридическая литература, 1976. - 264с.

методологічні аспекти розробки системи категорій права”. Зокрема науковець називав правовими категоріями наукові поняття, а ті, які ввійшли до законодавства – категоріями права.

Аналіз вищезазначених поглядів дає підстави сформулювати такі висновки. Термін “правовий” є первинним за походженням та утворений від споконвічної слов’янської лексики “право”, натомість термін “юридичний” є запозиченим з латинської мови і з’явився в українській мові значно пізніше. Обидва терміни утворилися від першооснови “право” (у другому випадку у перекладі), саме тому вони можуть розглядатися як синонімічні. Утім все-таки варто пам’ятати, що термін “юридичний” має більш прикладний характер. Спочатку його зміст був пов’язаний більше із судовими процесами, згодом із будь-якою юридичною практикою. Тому ці два терміни не можуть бути повними синонімами: “правовий” швидше стосується теоретичних аспектів права, а “юридичний” – практичних.

Виходячи з мовознавчого погляду та зокрема основ термініотворення<sup>1</sup> у мові права бажано використовувати правильно утворені прикметники: право – правний, а не правовий, що є калькою з російської мови, а все, що стосується правників – правничий. Утім таке використання поки що не знайшло широкої підтримки у юридичній сфері, адже терміни “правовий” та “юридичний” міцно вкорінені у мовленні правознавців і не один десяток років функціонують у мові права. Традиції, як відомо, ламаються дуже важко.

Якщо ж говорити про термін “категорія” в правознавстві, то ідеальним є використання поряд з ним прикметника “правний”. Однак наразі цей означник в українській мові фактично не використовується, його відповідником нині є калькований термін “правовий”. Що ж до доречності розмежування термінів “правова категорія” чи “категорія права”, як це пропонував А.М. Васильєв, то дати однозначну відповідь важко. Утім вважаємо, що наразі шукати розбіжності у цих різних лише за побудовою терміносполуках не варто.

---

<sup>1</sup> Дет. див.: Термінологічна робота. Засади і правила розроблення стандартів на терміни та визначення понять: ДСТУ 3966:2009. – [Чинний від 2009-10-30]. – К.: Держспоживстандарт України, 2010. – 31 с.

НАУКОВЕ ВИДАННЯ

## **ПОНЯТТЯ ТА КАТЕГОРІЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ**

**ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ**

**Матеріали V міжнародної науково-практичної конференції  
(Київ, 18 листопада 2014 р.)**

За загальною редакцією Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила

Матеріали друкуються у редакції авторів.

Оригінал-макет *О.В. Гашенко*

Підписано до друку 4.11.2014. Формат 60x84/16. Папір офсетний.  
Обл.-вид. арк. 37,67. Умовн. друк. арк. 28,6.  
Тираж 300 пр. Зам. № 82.

ТОВ НВП “Ніка-Центр”. 01135, Київ-135, а/с 192;  
т./ф. (044) 39-011-39; e-mail:psyhea@i.com.ua; psyhea9@gmail.com;  
[www.nika-centre.kiev.ua](http://www.nika-centre.kiev.ua)

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб’єктів  
видавничої справи ДК №1399 від 18.06.2003

Віддруковано у ТОВ “Монтаж-поліграфсервіс”. м. Черкаси, вул. Будіндустрії, 25  
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб’єктів  
видавничої справи ДК №1260 від 29.04.2006